

# DALLA RIFORMA ORGANIZZATIVA ALLE ESIGENZE DI CRESCITA:

il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione

A cura di:  
**Olimpio Stucchi**  
e **Nicola Petracca**



Con la collaborazione di:  
**Fabiana Corsi,**  
**Paola Fuso,**  
**Ferruccio Pezzulla**

edito da  
**legalcommunity**

**LABLAW**  
per STUDIO LEGALE



**DALLA RIFORMA  
ORGANIZZATIVA ALLE  
ESIGENZE DI CRESCITA:  
IL LAVORO ALLE  
DIPENDENZE  
DELLA PUBBLICA  
AMMINISTRAZIONE**

A cura di: **Olimpio Stucchi e Nicola Petracca**

Con la collaborazione di: **Fabiana Corsi, Paola Fuso, Ferruccio Pezzulla**

Testi a cura di  
LabLaw Studio Legale

Società editrice  
Legalcommunity S.r.l.

Foto Copertina  
© Franck Boston

Tutti i diritti riservati.  
È vietata la riproduzione anche parziale e con qualsiasi mezzo.

## **Prefazione**

di Olimpio Stucchi e Nicola Petracca ..... 9

## **1. Il Sistema delle fonti: gli spazi della contrattazione decentrata**

di Nicola Petracca e Fabiana Corsi

- 1.1. Le fonti del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni ..... 19
- 1.2. Gli ambiti di competenza della contrattazione collettiva dopo la Riforma Brunetta ..... 21
- 1.3. La contrattazione decentrata: i limiti imposti dalla legge e dal contratto collettivo nazionale ..... 26
- 1.4. I controlli sulla contrattazione decentrata ..... 29
- 1.5. Contrattazione decentrata e potere unilaterale della pubblica amministrazione ..... 30

## **2. Le mansioni nel lavoro pubblico**

di Nicola Petracca e Ferruccio Pezzulla

- 2.1. Quadro normativo ..... 33

## **3. La dirigenza pubblica**

di Olimpio Stucchi e Paola Fusco

- 3.1. Quadro normativo ..... 41
- 3.2. Il Dirigente Pubblico e la legge delega 4 marzo 2009, n. 15. .... 43
- 3.3. La figura del dirigente pubblico nel decreto legislativo 27 ottobre 2009 ..... 47
- 3.4. Spazi concreti di esercizio da parte del dirigente dei poteri datoriali nell'organizzazione degli uffici e della gestione delle risorse umane ..... 51
- 3.5. Dopo la Riforma Brunetta..... 55

<b>4. L'obbligo di sicurezza del datore di lavoro pubblico</b>	
di Olimpio Stucchi e Paola Fuso .....	57
4.1. Quadro normativo	
4.2. Il dirigente e i compiti e funzioni in materia di sicurezza	
4.2.1. Il dirigente e il preposto .....	63
<b>5. Le controversie in materia di assunzione; concorsi interni ed esterni; conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali</b>	
di Olimpio Stucchi e Paola Fuso	
5.1. Quadro normativo .....	67
5.2. ... nella legge n. 15/2009 .....	74
5.3. ... e dal decreto legislativo n. 150/2009 fino all'Accordo del 4 maggio 2012 .....	77
<b>6. Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici</b>	
di Ferruccio Pezzulla	
6.1. Aspetti introduttivi .....	83
6.2. La nuova disciplina dell'art. 55 Decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165 .....	84
6.3. Il procedimento disciplinare a) la competenza; b) la contestazione; c) l'istruttoria; d) applicazione della sanzione; e) i termini; f) l'esercizio del potere disciplinare in caso di trasferimento o cessazione del rapporto di lavoro .....	87
6.4. Rapporti tra procedimento disciplinare e procedimento penale ...	93
6.5. Condotte pregiudizievoli per l'amministrazione .....	97
6.6. Assenze e malattie .....	99
<b>7. Il licenziamento individuale nel lavoro pubblico</b>	
di Olimpio Stucchi e Paola Fuso	
7.1. Il quadro normativo .....	103
7.2. Responsabilità del dirigente pubblico .....	106

## 8. La mobilità individuale e collettiva

di Nicola Petracca e Ferruccio Pezzulla

8.1. Quadro normativo .....	113
8.2. La mobilità volontaria (art. 30 d.lgs 165 del 2001) .....	114
8.3. La mobilità per vincita di concorso .....	115
8.4. La mobilità collettiva .....	116

## 9. La Flessibilità del lavoro subordinato nelle amministrazioni pubbliche. Il problema del precariato

di Olimpio Stucchi e Paola Fuso

9.1. Posizione del problema .....	119
9.2. La legge n. 133/2008 .....	122
9.3. Le ultime disposizioni .....	124
9.4. La legge di stabilità 2012 .....	128

## 10. Le esternalizzazioni nel pubblico impiego privatizzato

di Olimpio Stucchi e Paola Fuso

10.1 L'articolo 31 d.lgs. n. 165/2001: profili oggettivi e soggettivi .....	131
10.2. Le deroghe alla regola generale .....	135
10.3. La legge n. 244/2007: ipotesi speciali di trasferimento di attività .....	135
10.4. Le politiche per il lavoro nelle società pubbliche .....	138
10.4.1. Ambito soggettivo di applicazione .....	141
10.4.2. L'art. 19 co. 1 del dl. 78 del 2009 .....	141

## Conclusioni

Le esigenze organizzative del DLGS 150 e le esigenze di crescita nel

DDL AS 3249 .....	147
La Legge Delega n. 15 del 2009 e il D.lgs n. 150 del 2009 .....	147
DDL AS 3249 .....	149



# Prefazione

di **Olimpio Stucchi e Nicola Petracca**

La miscellanea di articoli sul pubblico impiego qui proposta ed avente ad oggetti i temi più problematici del settore, si impone a distanza di quasi tre anni dalla legge delega 4 marzo 2009 n. 15 e del relativo decreto di attuazione n. 150 del 27 ottobre del 2009, così da fotografare l'impatto nell'an e nel quantum di quella Riforma della Pubblica Amministrazione, il cui ultimo atto sistematico e "dedicato" si rinviene nella Riforma Brunetta. Invero, la difficoltà di tracciare un bilancio, sul piano tecnico-giuridico, degli esiti dell'intervento normativo è determinata da due fattori fondamentali.

Il primo è un certa *defaillance* d'origine, cioè ritenere, come espressamente proclamato, che tale legislazione potesse di per sé costituire una vera, e soprattutto organica, "riforma" della pubblica amministrazione.

Il secondo consiste nelle difficoltà di realizzazione incontrate nella stessa, derivanti direttamente o indirettamente dalle norme contenute nelle leggi finanziarie degli ultimi anni che hanno di fatto frustrato ogni ansia di rinnovazione e che sono tutte presenti nell'Accordo stilato dal nuovo Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, le Regioni, le Province, i Comuni e le Organizzazioni Sindacali del 4 maggio 2012.

Invero, fin dal 2009, la comunicazione riguardante il mondo del "pubblico" è stata volutamente associata all'idea della riforma. Intendendo, con l'uso di detto sostantivo, riferito tra l'altro ad una istituzione, l'idea di una modifica organica del sistema per migliorarlo o sostituirlo.

Le intenzioni del Legislatore, almeno a partire dall'estate del 2008, erano infatti quelle di dare un volto nuovo alla Pubblica Amministrazione, agendo con interventi legislativi e con altre misure tecnico-organizzative, necessarie a migliorare il funzionamento degli apparati pubblici.

Invero l'intervento è stato realizzato per innesti e interventi su singoli aspetti del sistema, eletti a causa o risolutori delle patologie del pubblico impiego.

Il risultato, determinato da una normativa disarticolata, non ha prodotto gli effetti sperati: da un lato le riforme per essere efficaci debbono essere sistematiche, logiche e coerenti con i principi che le sottendono; dall'altro si è caricata l'amministrazione di nuovi compiti, senza i necessari adeguamenti organizzativi.

Le linee guida della Riforma sono tutte nel titolo della legge, volta alla "ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico", oltre che alla "efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni".

Le finalità sono nel comma 2 dell'art. 1, secondo cui "le disposizioni del presente decreto assicurano una migliore organizzazione del lavoro, il rispetto degli ambiti riservati rispettivamente alla legge e alla contrattazione collettiva, elevati standard qualitativi ed economici delle funzioni e dei servizi, l'incentivazione della qualità della prestazione lavorativa, la selettività e la concorsualità nelle progressioni di carriera, il riconoscimento di meriti e demeriti, la selettività e la valorizzazione delle capacità e dei risultati ai fini degli incarichi dirigenziali, il rafforzamento dell'autonomia, dei poteri e della responsabilità della dirigenza, l'incremento dell'efficienza del lavoro pubblico ed il contrasto alla scarsa produttività e all'assenteismo, nonché la trasparenza dell'operato delle amministrazioni pubbliche anche a garanzia della legalità".

I proclami sulle azioni da intraprendere sono sempre puntuali, complice la facilità nell'individuazione delle aree critiche; così come puntuali sono i rilievi sui fallimenti riguardo ai temi considerati.

Gli argomenti da considerarsi vitali sono: a) dirigenza; b) valutazione e controlli; c) contrattazione collettiva; d) rapporti con le autonomie territoriali; e) rapporto individuale di lavoro.

Sulla disciplina della dirigenza – da sempre riconosciuta come asse portante della cd. "privatizzazione" nonostante la consapevolezza della *factio iuris* assegnata dalla legge dal datore di lavoro pubblico – il legislatore del 2009 dichiarava di voler perseguire, in piena sintonia con i principi di un'amministrazione pubblica moderna orientata al risultato, l'obiettivo dell'aumento della managerialità.

Lo spirito della riforma era quello di fare del dirigente pubblico un soggetto con reali poteri propulsivi e organizzativi, senonché le prime difficoltà si sono

incontrate con riferimento alla premialità” del personale e sul tema delle “responsabilità e sanzioni disciplinari”.

Nonostante le perplessità sul valore e l'efficacia dell'Accordo del 4 maggio 2012, non vi è dubbio che è stato di fatto impossibile dare seguito ai programmi relativi alla compilazione della graduatoria del personale, e lo stesso collocamento del personale in tre fasce (come prescritto dall'art. 19 del D.lgs. 150) ad opera dell'Organismo Indipendente di Valutazione delle performance, è stato totalmente accantonato.

O più correttamente è stata messa da parte l'idea che la valutazione individuale del dipendente possa rappresentare la chiave di volta di un sistema che sull'onda mediatica del momento puntava sul meccanismo del bastone e della carota.

O almeno il binomio è stato proposto da quella parte della dottrina che più che vedere i tanti benefici ne ha, pur sempre legittimamente, criticato il sacrificio della fonte autonoma.

Nell'Accordo del 4 maggio 2012, progetto che vede coinvolte tutte le parti sociali, si è tra l'altro accantonata la valutazione della performance del singolo dipendente a tutto vantaggio della valutazione della performance organizzativa.

Aldilà delle considerazioni specifiche, è evidente che con l'Accordo si è rinnegato lo spirito della Riforma Brunetta e con essa anche la parte relativa all'organizzazione micro del lavoro: l'esatta individuazione del ruolo, funzioni e compiti del personale; l'importanza assegnata alla customer's satisfaction.

L'orientamento dell'azione pubblica al soddisfacimento del cittadino/utente è stata nel 2009 intesa come bussola per la valutazione dei risultati ottenuti a vario livello: individuale, organizzativo per poi passare alla valutazione dello stesso dirigente, ad opera di organismi (OIV) mai costituiti ad eccezione delle amministrazioni locali.

Stessa sorte per le modifiche alle responsabilità disciplinari che impegnano il dirigente dall'avvio fino all'applicazione della misura al dipendente. Il nuovo art. 55-sexies del d.lgs. 165/01, al comma 3, ha stabilito che “il mancato esercizio o la decadenza dell'azione disciplinare, dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare o a valutazioni sull'insussistenza dell'illecito disciplinare irragionevoli o manifestamente in-

fondate, in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare, comporta, per i soggetti responsabili aventi qualifica dirigenziale, l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione in proporzione alla gravità dell'infrazione non perseguita, fino ad un massimo di tre mesi in relazione alle infrazioni sanzionabili con il licenziamento, ed altresì la mancata attribuzione della retribuzione di risultato per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo della durata della sospensione”.

Dunque la managerialità si sposa con una certa sfiducia di fondo sul reale esercizio di poteri datoriali del dirigente che, negli anni ha mostrato una debolezza cronica rispetto alle organizzazioni sindacali, fosse solo perché il più delle volte ne faceva lui stesso parte.

In questo, la ridefinizione del ruolo della dirigenza, secondo il programma dell'Accordo del 4 maggio potrebbe avere un senso, anche se occorrerebbe dare seguito al rafforzamento dell'Aran e al regime di responsabilità previste per il datore di lavoro pubblico.

Anche in materia di “valutazione delle performance” e di “controlli” le intenzioni si sono scontrate con le difficoltà di innovare i controlli e i controllori.

Ne è un esempio paradigmatico la Civit, Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (Civit), istituita dall'art. 13 del d. n. 150 – posta al centro del sistema di governo del processo di misurazione e valutazione della performance, affidataria di molti compiti cui, tuttavia, non sono corrisposti i necessari poteri sanzionatori.

In realtà il decreto n. 150 sconta una caratteristica che si tende a dimenticare: il provvedimento è di applicazione diretta per le amministrazioni centrali, mentre nel caso delle amministrazioni periferiche ha il valore di una legge quadro (vedi artt. 16 e 31 del decreto) a fronte del TUEL (D.lgs. 267 del 2000).

Per tale motivo, soprattutto nel dialogo con le autonomie territoriali, la Civit si è limitata a proporre modelli di valutazione e tentare l'elaborazione di metodologie di controllo e schemi di valutazione generali.

Il nuovo assetto di regole non poteva, a fronte della presenza del TUEL, sostituire di imperio il sistema di controlli già esistenti nelle amministrazioni italiane, specie in quelle regionali e locali.

Senza contare che gli organismi terzi, nella loro sovraesposizione, rischiano di accollarsi responsabilità per omissioni e/o carenze strutturali appartenenti alla funzione di indirizzo politico-amministrativo dell'ente. Ne è un esempio la mancata costituzione dei servizi di controllo di gestione, che è il presupposto necessario per consentire agli organismi interni di effettuare una oggettiva valutazione delle performance.

Per quanto concerne le autonomie territoriali, vi è da dire, alla luce degli articoli 16 e 31 del D.lgs. 150 del 2009 che detta normativa ha trovato diretta applicazione (ove non successivamente impedita) per le amministrazioni centrali.

L'art. 16, co. 3, del decreto, infatti, dedicato alle "Norme per gli Enti territoriali e il Servizio sanitario nazionale", prevede che "nelle more dell'adeguamento ... da attuarsi entro il 31 dicembre 2010, negli ordinamenti delle Regioni e degli Enti locali si applicano le disposizioni vigenti; decorso il termine fissato per l'adeguamento, si applicano le disposizioni previste nel presente Titolo fino all'emanazione della disciplina regionale e locale"

Con disposizione speculare, viene regolato l'adeguamento degli Enti territoriali anche quanto alle nuove norme contenute nel Titolo III, riguardante "Merito e premi" (art. 31, co. 4).

Per quanto concerne il tema della contrattazione collettiva, l'idea di una definizione più chiara degli ambiti di intervento della legge e della fonte contrattuale è sicuramente funzionale all'esercizio dei poteri di micro-organizzazione da parte della dirigenza che, ai sensi del nuovo art. 5, co. 2, del d.lgs. 165 del 2001, gestisce l'ufficio con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, "fatta salva la sola informazione ai sindacati, ove prevista nei contratti di cui all'art. 9".

Le interazioni del sindacato sono state, al riguardo, oggetto di accesa discussione, in considerazione delle disposizioni del d.lgs. n. 150/09 – che, modificando gli articoli 2, 5 e 40 del d.lgs. n. 165/01, ridefiniscono i confini tra poteri unilaterali e partecipazione sindacale. Inoltre ci si è chiesti se dette norme siano immediatamente operative o piuttosto subordinate alla implementazione, ad opera della contrattazione collettiva (nazionale e integrativa).

In attesa di una definizione resa sempre più complicata dallo stato dei conti pubblici, i giudici hanno differito l'entrata in vigore di questa parte della legge alla tornata contrattuale successiva, sebbene un'importante Circolare della Pre-

sidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento della Funzione pubblica avesse chiarito, in senso contrario, che, in assenza di esplicita diversa previsione legislativa, il termine di entrata in vigore anche di questa parte del decreto dovesse ritenersi quello generale.

Al riguardo è intervenuto il decreto correttivo n. 141 del 2011 che, all'art. 5, ha dettato l'interpretazione autentica dell'art. 65 del d.lgs. n. 150, confermando l'immediata operatività della disposizione sul potere di organizzazione (art. 5, co. 2, d.lgs. n. 165) ed individuando le disposizioni applicabili dalla tornata contrattuale successiva a quella in corso, al momento dell'entrata in vigore del d. n. 150, vale a dire "esclusivamente quelle relative al procedimento negoziale di approvazione dei contratti collettivi nazionali" (v. art. 5, co. 2, d. n. 141).

In merito al sistema premiale, si rileva la totale esclusione dell'apporto sindacale, per poi affidare alla contrattazione integrativa un'importante potestà derogatoria.

Ci si riferisce al tanto avversato articolo 19 che prevedeva la distribuzione del personale in tre differenti livelli di performance, corrispondenti ad altrettante fasce di merito. Norma defalcata dall'Accordo del 4 maggio 2012.

Stessa sorte per l'Aran, mai del tutto affrancata da Governo e Corte dei Conti, deputata ad essere solo un dagherrotipo di una vera e propria controparte datoriale delle organizzazioni sindacali, dotata di una discrezionalità decisionale, coerente con un vero sistema di relazioni industriali – preconditione di un vero (ed equilibrato) sistema di contrattazione collettiva.

Similmente il rapporto individuale di lavoro non viene risolto, a fronte delle difficoltà della convergenza tra il settore pubblico e privato a totale favore della "privatizzazione" o del ritorno al rapporto autoritativo, ma viene affrontato solo in chiave patologica, rinforzando le ipotesi cui segue l'applicazione delle sanzioni disciplinari e sottraendo qualsiasi potere di intervento alle organizzazioni sindacali.

Va da sé che il mancato decollo dei sistemi di valutazione e premiali si riflettono inevitabilmente sui nuovi mezzi sanzionatori: se l'accertamento condotto dai controllori è decisivo, una volta marginalizzata la dirigenza, è logico ritenere frustrata la nuova spinta repressiva se i sistemi di valutazione non saranno in grado di funzionare adeguatamente.

In merito al sistema premiale, diremo semplicemente che l'impresa è servita ben poco.

E non solo per l'Accordo del 4 maggio del 2012 che, di fatto, frustra definitivamente le velleità aziendalistiche del decreto n. 150. In realtà la suddivisione del personale in tre fasce, esattamente individuate, così da eliminare qualsiasi arbitrio, così come tutti gli altri strumenti premiali, oltre ad essere ancorato alla riuscita del sistema di valutazione, è subordinato al risanamento della finanza pubblica.

In questo frangente temporale, ipotesi ben lontana dal potersi avverare.

In definitiva la riforma della Pubblica Amministrazione, oltre che da evidenti difficoltà strutturali, è stata frenata dalle leggi finanziarie che si sono succedute e che hanno messo in rilievo l'impossibilità di ridisegnare l'apparato pubblico a prescindere da una seria e concreta contrattazione nazionale e integrativa.

Oltre alle leggi finanziarie, vi è stato pure il decreto legge n. 78 del 31 maggio 2010, convertito in l. n. 122/2010: dove, in particolare, con la disposizione dell'art. 9 ("Contenimento delle spese in materia di impiego pubblico"), si stabilisce che "per gli anni 2011, 2012 e 2013, il trattamento economico complessivo dei singoli dipendenti, anche di qualifica dirigenziale, ivi compreso il trattamento accessorio, previsti dai rispettivi ordinamenti delle amministrazioni pubbliche (...) non può superare, in ogni caso, il trattamento in godimento nell'anno 2010" (art. 9, co. 1). La disposizione ha l'effetto di frenare le aspettative di ogni differenziazione meritocratica per fasce dei pubblici dipendenti.

Senza contare il comma 32 dell'art. 9 che prevede che "a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente provvedimento, le pubbliche amministrazioni che (...) alla scadenza di un incarico di livello dirigenziale (...) non intendono, anche in assenza di una valutazione negativa, confermare l'incarico conferito al dirigente, conferiscono al medesimo dirigente un altro incarico, anche di valore economico inferiore".

Altro tassello è l'Intesa siglata il 4 febbraio 2011 tra il Governo e alcuni sindacati (Cisl, Uil e Ugl), ove il sistema premiale viene accantonato fino quasi ad essere esautorato di ogni novità.

In particolare con detto accordo si prevedeva che: a) "le retribuzioni complessive, comprensive della parte accessoria, conseguite dai lavoratori nel corso

del 2010, non devono diminuire, per effetto dell'applicazione dell'art. 19 del d.lgs. n. 150/09" (punto 2); che b) "a tale scopo per l'applicazione dell'art. 19, co. 1, del d.lgs. n. 150/2009 potranno essere utilizzate esclusivamente le risorse aggiuntive derivanti dall'applicazione del comma 17 dell'art. 61 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni, dalla l. n. 133/08 (cd. dividendo dell'efficienza)".

Ma il superamento della Brunetta non si arresta. Salutata da più parti come panacea dei mali della pubblica amministrazione, è invisa proprio al soggetto da riformare. È infatti del 1 agosto 2011 il D.lgs. n. 141, che apporta modifiche ed integrazioni al d.lgs. n. 150/09, ed in particolare, ancora una volta, alla differenziazione retributiva in fasce, prevista dagli articoli 19, commi 2 e 3, e 31, comma 2, d.lgs. n. 150, stabilendo che essa "si applica a partire dalla tornata di contrattazione collettiva successiva a quella relativa al quadriennio 2006-2009" (art. 6 d.lgs. n. 141/11).

Disposizione, tra l'altro, in contraddizione con quanto stabilito nel d.l. 6 luglio 2011 n. 98, convertito in l. n. 111/2011, che stabilisce all'art. 16, co. 5 (con esclusione degli enti territoriali e degli enti del Servizio Sanitario Nazionale), che "le eventuali economie aggiuntive effettivamente realizzate (...) possono essere utilizzate annualmente, nell'importo massimo del 50 per cento, per la contrattazione integrativa, di cui il 50 per cento destinato alla erogazione dei premi previsti dall'art. 19 del decreto legislativo 27 ottobre 2009 n. 150. La restante quota è versata annualmente dagli enti e dalle amministrazioni dotati di autonomia finanziaria ad apposito capitolo dell'entrata del bilancio dello Stato".

Questo il quadro normativo con cui l'interprete si misura. Le conseguenze sono evidenti: la riforma organizzativa voluta dalla XVI Legislatura non ha alcuna forza.

Situazione ampiamente prevedibile se si pensa che la trasformazione tanto inseguita poggiava su un sistema di valutazione e premialità che se non ha concretezza non ha neppure credibilità.

Nelle more dell'e-book, il 4 maggio 2012, il Ministro per la pubblica Amministrazione e l'innovazione, le Regioni, Le province e i Comuni, le Organizzazioni sindacali hanno definitivamente sancito il ritorno allo status quo ante.

Certo, le perplessità che il testo suscita non sono poche; in realtà le medesime

che gli interpreti hanno manifestato riguardo allo strapotere dei sindacati, alla distribuzione a pioggia degli emolumenti, in una parola alla solita diatriba tra le categorie della privatizzazione e della contrattualizzazione, che sono esemplificative della difficoltà di sostenere una reale convergenza tra i settori pubblico e privato.



# 1

## Il Sistema delle fonti: gli spazi della contrattazione decentrata

Di Nicola Petracca e Fabiana Corsi

### 1.1. Le fonti del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni

Il regime delle fonti della disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni ha conosciuto altalenanti vicende dal 1992 ad oggi, passando attraverso tre riforme: la “prima privatizzazione” del biennio 1992-1993; la “seconda privatizzazione” del biennio 1997-1998 e la cosiddetta “Riforma Brunetta” del 2009.

La “prima privatizzazione”, iniziata con il D.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, ha comportato un importante processo di delegificazione delle fonti della disciplina del rapporto di lavoro pubblico, attraverso l'estensione tendenzialmente generalizzata delle norme sul rapporto di lavoro privato e tramite la valorizzazione del contratto collettivo quale strumento per superare il previgente regime pubblicistico.

L'affermazione del primato della contrattazione collettiva rispetto alla regolamentazione di tipo autoritativo è stata ribadita ed implementata con la “seconda privatizzazione”, realizzata con i decreti legislativi 4 novembre 1997, n. 396, 31 marzo 1998 n. 80 e 29 ottobre 1998 n. 387, attuativi della legge delega 15 marzo 1997, n. 59 ( c.d. Legge Bassanini).

A partire dal 2008, invece, si è avuto un profondo intervento di ristrutturazio-

ne normativa del rapporto di lavoro pubblico che trova il suo fulcro nella legge 4 marzo 2009, n. 15, recante delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e all'efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni.

In particolare, ad opera della legge delega 4 marzo 2009, n. 15 e del D.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 (c.d. riforma Brunetta), il sistema delle fonti del lavoro pubblico ha subito una profonda ridefinizione caratterizzata dal ritorno alla centralità della legge e dalla prevalente ridelegificazione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici.

Tale inversione di tendenza risulta in modo chiaro dalla modifica apportata al meccanismo dell'art. 2, comma 2 del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, il quale, nella versione ante riforma, prevedeva la possibilità di deroga ad opera della contrattazione collettiva di disposizioni di legge, regolamento o statuto, recanti discipline dei rapporti di lavoro dei dipendenti della amministrazioni pubbliche, o di categorie di essi, a meno che la legge non avesse espressamente disposto in senso contrario.

Nel nuovo testo dell'art. 2, comma 2 del D.lgs. n. 165/2004 la regola suddetta viene completamente invertita, atteso che la facoltà di deroga da parte della contrattazione collettiva rispetto alle fonti unilaterali ora è ammessa solo nei casi in cui sia la legge ad attribuire tale potere di deroga ( "I rapporti di lavoro dei dipendenti della amministrazioni pubblici sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e delle leggi sul rapporto di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni di carattere imperativo. Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline del rapporto di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti della amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge."

In buona sostanza, oggi la regola è quella dell'inderogabilità della legge da parte della contrattazione collettiva, a meno che non sia la legge stessa a prevedere espressamente che la fonte pattizia possa introdurre deroghe.

La garanzia dell'inderogabilità e della stabilità della legge è, inoltre, raffor-

zata dalla previsione dell'art. 2, comma 3 bis del D.lgs. n. 165 del 2001 (come modificato dall'art. 33 del D.lgs. n. 150 del 2009) che prevede l'applicazione degli artt. 1339 e 1419, 2 comma, c.c. alle disposizioni contrattuali nulle per violazione di norme imperative o dei limiti fissati dalla contrattazione collettiva: le suddette norme impongono la sostituzione automatica delle clausole difformi con quelle imperative derogate, nonché la conservazione del contratto in caso di nullità parziale delle clausole contrattuali.

Nonostante, dunque, formalmente il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubbliche amministrazioni si costituisca mediante contratti individuali di lavoro ed alcune regole della disciplina del rapporto di lavoro siano ancora appannaggio della contrattazione collettiva, la legge n. 15 del 2009 ed il D.lgs. n. 150/2009 hanno determinato una vera e propria nuova pubblicizzazione del rapporto di lavoro, restringendo drasticamente gli spazi della contrattazione, sia collettiva, sia, soprattutto, decentrata ed hanno posto nuovamente la legge quale fonte normativa centrale della disciplina del rapporto di lavoro.

## **1.2. Gli ambiti di competenza della contrattazione collettiva dopo la Riforma Brunetta**

Il D.lgs. n. 150/2009 (art. 54 che ha modificato l'art. 40 del D.lgs. 165/2001), ha fortemente limitato la competenza della contrattazione collettiva (sia nazionale che decentrata), in conseguenza del simmetrico incremento del rilievo della fonte di legge, quale principale base per la regolamentazione del rapporto di lavoro.

Gli ambiti di competenza della contrattazione collettiva sono individuati nel novellato art. 40 del D.lgs. n. 165/2001.

In particolare, il 1 comma dell'art. 40 del D.lgs. n. 165 del 2001, nel primo periodo, stabilisce che la contrattazione collettiva determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro e le materie relative alle relazioni sindacali.

Il secondo periodo del suddetto comma 1 elenca, invece, le materie che sono escluse dalla contrattazione collettiva ("Le materie attinenti all'organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell'art. 9, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi degli articoli 5, comma 2, 16 e 17,

la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, nonché quelle di cui all'articolo 2, comma 1, lett. c), della legge 23 ottobre 1992, n. 421.”).

Il terzo periodo del 1 comma indica, infine, le materie nelle quali la contrattazione collettiva è consentita, ma negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge (si tratta delle materie relative alle sanzioni disciplinari e alla valutazione delle prestazioni lavorative ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche).

In buona sostanza, si possono distinguere tre categorie di materie:

1. quella che comprende le materie nelle quali i contratti collettivi possono liberamente disporre;
2. quella concernente le materie sulle quali i contratti collettivi non possono assolutamente intervenire;
3. quella comprendente le materie rispetto alle quali i contratti collettivi possono disporre nei limiti stabiliti dalla legge.

Ciascuna di queste categorie di materie merita qualche breve precisazione.

Per quanto riguarda la prima categoria l'espressione utilizzata da legislatore (“diritti ed obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro e le materie relative alle relazioni sindacali”), è tale da comprendere tendenzialmente tutti gli aspetti del rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato che non possono essere ricondotti alle altre due categorie.

La contrattazione collettiva si concentra, in particolare, su come viene condotto il rapporto di lavoro, una volta costituito. Non sono più ammissibili, ad esempio, previsioni in merito all'accesso agli impieghi, coerentemente con la soppressione dell'istituto delle progressioni verticali.

Altro aspetto generale di cui si può occupare la contrattazione nell'ambito delle relazioni sindacali, è quello di determinare come le parti si consultano, a quale livello e attraverso quali poteri, ma ciò può avvenire solo nei limiti delle materie di competenza della contrattazione.

La seconda categoria afferisce invece alle materie escluse in radice dalla competenza della contrattazione collettiva (art. 40, 1 comma, secondo periodo), e quindi quelle relative l'organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell'art. 9, quelle afferenti alle prerogative dirigenzia-

li ai sensi degli articoli 5, comma 2, 16 e 17, la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, nonché quelle di cui all'articolo 2, comma 1, lett. c), della legge 23 ottobre 1992, n. 421.

Per quanto riguarda l'organizzazione degli uffici, l'intento è quello di sottrarre qualsiasi possibilità di contrattare in merito alle modalità con le quali ciascuna amministrazione si organizza al proprio interno.

La sottrazione dell'organizzazione si ritiene sia piena ed incondizionata: si tratta dell'intero processo macro organizzativo, non limitato alla sola determinazione delle strutture di vertice e dei modi di conferimento degli incarichi, in quanto, anche gran parte degli atti di micro organizzazione risultano inseriti nella zona sottratta alla negoziazione con le parti sociali.

Quanto alle materie oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell'art. 9 del D.lgs. n. 165/2001 ("i contratti collettivi nazionali disciplinano i rapporti sindacali e gli istituti della partecipazione"), la norma chiarisce che sono i contratti collettivi a dover esplicitare le modalità di regolazione dei rapporti sindacali e che gli istituti di partecipazione, cioè le forme mediante le quali i sindacati possono essere coinvolti, non potranno mai divenire oggetto della contrattazione decentrata a pena di nullità.

Sono sottratte alla contrattazione collettiva le competenze dei dirigenti concernenti la gestione del rapporto di lavoro (ovvero gli atti di micro organizzazione) e le competenze in merito al conferimento ed alla revoca degli incarichi dirigenziali.

Fondamentale è, infine, l'espressa esclusione dalla competenza della contrattazione collettiva delle materie regolate dall'art. 2, comma, 1, lett. c) della legge n. 421 del 1992: responsabilità giuridiche attinenti i singoli operatori nell'espletamento di procedure amministrative; gli organi, gli uffici e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi, i principi fondamentali di organizzazione degli uffici, i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro; i ruoli e le dotazioni organiche nonché la loro consistenza complessiva; la garanzia della libertà di insegnamento e l'autonomia professionale nello svolgimento dell'attività didattica, scientifica e di ricerca; la disciplina della responsabilità e dell'incompatibilità tra impiego pubblico e altre attività ed i casi di divieto di cumulo di impieghi e incarichi pubblici.

L'ultima categoria riguarda, infine, le materie in cui la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalla legge: trattasi delle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini delle corresponsione del trattamento economico accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche.

In tali materie i contratti collettivi possono disciplinare solamente gli aspetti che la legge demanda espressamente alla fonte negoziale.

Non è, quindi, il silenzio della legge su determinati aspetti che abilita la contrattazione ma la presenza di un esplicito rinvio alla fonte negoziale che consente a quest'ultima di intervenire.

In particolare, per quanto attiene alle sanzioni disciplinari, in virtù di esplicito rinvio da parte della legge, i contratti collettivi possono definire esclusivamente le tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni (art. 55, comma 2, secondo periodo, D.lgs. 165 del 2001), prevedere procedure di conciliazione non obbligatoria (art. 55, comma 3), regolamentare il procedimento disciplinare a carico dei dirigenti (art. 55, comma 4) e quello da seguire in caso di infrazioni alle quali si applica il rimprovero verbale (art. 55 bis, comma 1, ultimo periodo).

Altro ambito di competenza della contrattazione collettiva è quello afferente la materia del trattamento economico, in quanto l'art. 2 comma 3 D.lgs. n. 165/2001 stabilisce che l'attribuzione di trattamenti economici può avvenire esclusivamente mediante contratti collettivi, fatte salve le eccezioni di cui all'art. 40, comma 3 ter e 3 - quater.

L'art. 45 del D.lgs. n. 165/2001 precisa che il trattamento economico fondamentale e accessorio è definito da contratti collettivi, i quali definiscono, in coerenza con le disposizioni di legge, trattamenti economici accessori collegati: a) alla performance individuale; b) alla performance organizzativa con riferimento all'amministrazione nel suo complesso e alle unità organizzative o aree di responsabilità in cui si articola l'amministrazione; c) all'effettivo svolgimento di attività particolarmente disagiate ovvero pericolose o dannose per la salute.

La riserva di competenza in favore della contrattazione in materia retributiva va tuttavia esercitata nei limiti di contenuto indicati dal suddetto art. 45 e, soprattutto, nel rispetto dei vincoli finanziari e di bilancio stabiliti dalla legge (art. 48 D.lgs. 165/2001).

L'inosservanza dei limiti imposti alla contrattazione (secondo e terzo periodo dell'art. 40, comma 1) è sanzionata dall'art. 2 comma 3 bis del D.lgs. 165 del 2001, a norma del quale, in caso di nullità delle disposizioni contrattuali per violazione dei limiti, si applicano gli artt. 1339 e 1419, secondo comma, c.c., in tema di inserzione automatica delle clausole e di nullità parziale dei contratti.

Ciò significa che le norme che stabiliscono i limiti sono norme imperative e che la loro violazione determina la nullità parziale del contratto collettivo (vale a dire che sono caducate solamente le clausole di quel contratto che regolano ambiti preclusi alla fonte negoziale). Se, poi, la clausola contrattuale invalida abbia introdotto una disciplina dell'istituto di volta in volta interessato difforme da quella prevista dalla legge, le previsioni di quest'ultima si sostituiscono di diritto a quelle contenute nella predetta clausola.

Vista la dirompenza del meccanismo sanzionatorio, il legislatore, consapevole che i contratti collettivi vigenti alla data di entrata in vigore del D.lgs. n. 150 del 2009 contenevano disposizioni riguardanti anche materie che, in base al nuovo testo dell'art. 40, comma 1, sono ormai precluse alla fonte negoziale, ha dettato un'apposita disciplina transitoria.

L'art. 65, comma 5, D.lgs. n. 165 del 2001 stabilisce, infatti, che le disposizioni relative alla contrattazione collettiva nazionale di cui allo stesso decreto legislativo si applicano alla tornata contrattuale successiva a quella in corso.

Di conseguenza, la disciplina di fonte negoziale delle materie sulle quali questa non può più intervenire continua ad avere vigore fino al momento della stipulazione del contratto di comparto o di area relativo al periodo successivo al quadriennio 2006 -2009.

Và tuttavia precisato che le norme del decreto legislativo n. 150/2009 che disciplinano direttamente alcuni aspetti di quelle materie sono entrate in vigore immediatamente, facendo venire meno la possibilità di continuare ad applicare quelle contenute nei precedenti contratti collettivi.

Ciò significa che, per tutte le materie su cui, prima del D.lgs. n. 150/2009, la fonte negoziale poteva intervenire, occorre verificare se lo stesso decreto legislativo contenga qualche norma ad esse riferibile; in caso affermativo, occorre poi appurare se i contratti collettivi vigenti dettino una disciplina degli stessi aspetti: in caso positivo questa parte della disciplina contrattuale ha cessato

di avere efficacia in coincidenza con l'entrata in vigore del D.lgs. n. 150/2009, mentre sopravvivono, fino alla stipula del prossimo contratto collettivo, le altre clausole contrattuali relative alla materia in oggetto, anche se ormai sottratta alla competenza della fonte negoziale.

Ad esempio la disciplina del procedimento disciplinare introdotto dal D.lgs. n. 150/2001 ( art. 55 bis del D.lgs. n. 165/2001) è entrata in vigore immediatamente.

Analogamente, a decorrere dal 16 novembre 2009, hanno perduto efficacia le previsioni pattizie che imponevano forme di partecipazione sindacale diverse dall'informazione alle determinazioni dirigenziali di cui all'art. 5, comma 2, D.lgs. 165/2001.

Lo stesso meccanismo si applica anche per i contratti integrativi, che, in ogni caso, secondo il legislatore dovevano essere adeguati entro il 31 dicembre 2010 ( 31 dicembre 2011 per il comparto regioni ed autonomie locali).

### **1.3. La contrattazione decentrata: i limiti imposti dalla legge e dal contratto collettivo nazionale**

Nella versione originaria del D.lgs. n. 29 del 1993 la contrattazione collettiva decentrata aveva un ambito di azione molto ridotto, limitato essenzialmente al contemperamento tra le esigenze organizzative, la tutela dei dipendenti e l'interesse degli utenti.

Con la seconda privatizzazione, invece, la contrattazione integrativa ha assunto un ruolo fondamentale nelle relazioni sindacali del settore pubblico, rappresentando un decentramento del sistema di contrattazione parallelo al decentramento del sistema amministrativo.

Molte, però, sono state le critiche mosse alla contrattazione decentrata circa l'effettivo svolgimento del proprio ruolo, le cui dinamiche non sono state sempre virtuose.

È stato infatti constatato che la costante crescita del costo del lavoro pubblico, oltre le previsioni poste dalle leggi finanziarie, è stata causata in gran parte dalla cattiva gestione della contrattazione decentrata, la quale, spesso, ha consentito l'approvazione di clausole in contrasto con i vincoli finanziari, oppure

ha attribuito indennità inesistenti o, abusato dell'istituto delle progressioni orizzontali (ancorandole all'anzianità piuttosto che al merito) ed delle progressioni verticali.

La Riforma Brunetta, oltre a riservare, come detto, un ruolo centrale alla fonte legislativa, ha introdotto una serie di modifiche anche alla disciplina della contrattazione decentrata, limitandone, in modo sensibile l'area di azione ed inserendo vincoli e forme di controllo molto stringenti.

Per quanto attiene all'area di competenza della contrattazione decentrata l'art. 40 comma 3 bis, D.lgs. 165/2001 recita: "la contrattazione collettiva integrativa assicura adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità della performance ai sensi dell'art. 45, comma 3. A tale fine destina al trattamento economico accessorio collegato alla performance individuale una quota prevalente del trattamento accessorio complessivo, comunque denominato."

In particolare, l'incentivazione dell'impegno e della qualità delle performance, secondo il meccanismo della riforma, avviene attraverso:

1. l'attribuzione di trattamenti economici accessori, anche temporanei, legati al raggiungimento di risultati programmati. La contrattazione decentrata si deve preoccupare di fissare i trattamenti, ma nel rispetto del ciclo di performance che presuppone una programmazione iniziale degli obiettivi, una gestione, un controllo in corso di gestione ed un riscontro finale. La programmazione iniziale è, quindi, un vincolo imprescindibile della contrattazione decentrata, in quanto senza di essa nessun risultato può essere valutato;
2. in alternativa o in aggiunta, l'incentivazione può avvenire assegnando ai dipendenti il compito di svolgere attività che richiedono particolare impegno e responsabilità: si tratta di progetti individuali o incarichi specifici considerati dalla riforma come strumenti di incentivazione.

La contrattazione integrativa viene dunque finalizzata dalla legge (a pena di nullità) al conseguimento di risultati ed obiettivi tesi a conseguire una maggiore efficienza e produttività dei servizi resi nonché a incentivare l'impegno e la qualità delle performance dei dipendenti.

Ogni incremento attribuito attraverso questo livello contrattuale deve necessariamente assumere carattere selettivo, secondo i principi di riconoscimento del merito e di valorizzazione dell'impegno e delle qualità della prestazione individuale.

Tale obbligo è ricavabile anche dall'art. 7, comma 5, D.lgs. n. 165/2001 che impone un principio di cogente sinallagmaticità, vietando alle amministrazioni pubbliche di erogare trattamenti economici accessori che non corrispondono alle prestazioni effettivamente rese.

La contrattazione decentrata incontra, però, ulteriori limiti e vincoli imposti dalle legge di riforma.

Innanzitutto, la contrattazione integrativa si può svolgere solo sulle materie, con i vincoli e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali.

Sempre ai contratti collettivi nazionali spetta stabilire i criteri per l'individuazione delle organizzazioni, anche non firmatarie del contratto nazionale, legittimate alla stipulazione dei contratti decentrati, con la conseguente impossibilità di ammettere alla contrattazione integrativa soggetti non contemplati dalla disposizione della contrattazione nazionale.

La contrattazione decentrata deve, infine, rispettare i vincoli di bilancio risultanti dagli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione e (art. 40 comma 3 bis e 3 quinquies, D.lgs. n. 165/2001).

Sul punto, nell'ambito degli stanziamenti fissati dalla legge, e modalità di ripartizione delle risorse per la contrattazione decentrata tra i diversi livelli di merito, i criteri ed i limiti finanziari entro i quali si deve svolgere la contrattazione decentrata sono disposti dalla contrattazione nazionale.

In sostanza, la quantificazione delle risorse per la contrattazione decentrata vengono fissate dalla legge, mentre alla contrattazione collettiva nazionale spetta il compito di scegliere se demandare o meno alla contrattazione decentrata il compito di fissare alcune modalità di impiego delle risorse che può essere utile gestire a livello territoriale, stabilendo anche entro quali limiti finanziari le parti possono muoversi un ambito decentrato.

Viene, quindi, confermato il carattere inderogabile del collegamento fra contratto nazionale ed integrativo, vietando espressamente la sottoscrizione di contratti integrativi contrastanti con i contratti collettivi ma anche di quelli che

disciplinano materie non delegate espressamente a tale livello negoziale ovvero che comportino oneri non previsti dagli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione.

La sanzione per le Amministrazioni che sottoscrivono contratti integrativi in violazione dei limiti imposti dalla contrattazione nazionale o dalla legge è la nullità delle clausole e la sostituzione automatica ai sensi degli artt. 1339 e 1419, secondo comma, c.c..

Inoltre, in caso di accertato superamento dei vincoli finanziari da parte delle sezioni regionali di controllo della Corte dei Conti, del Dipartimento della Funzione Pubblica o del Ministero dell'economia e finanze è fatto obbligo di recuperare nell'ambito della sessione negoziale successiva.

#### **1.4. I controlli sulla contrattazione decentrata**

L'aspetto dei controlli sulla contrattazione integrativa è stato potenziato dalla riforma del 2009, proprio al fine di scongiurare gli abusi verificatesi in passato.

Come precisato anche nella circolare del Ministero per la Pubblica Amministrazione 13 maggio 2010, n. 7, il controllo ha ad oggetto la verifica del rispetto da parte del contratto integrativo:

- a) dei vincoli derivanti dal contratto nazionale, anche con riferimento alle materie contrattabili, che devono essere espressamente delegate dal contratto nazionale alla contrattazione decentrata;
- b) dei vincoli derivanti da norme di legge e dello stesso D.lgs. n. 165/2001 che, per espressa disposizione legislativa, sono definite imperative e, quindi, inderogabili da tutti i livelli contrattuali;
- c) delle disposizioni sul trattamento accessorio, secondo i criteri di finalizzazione "teleologica" della contrattazione integrativa a merito e produttività (con la necessaria selettività delle integrazioni retributive e delle progressioni orizzontali);
- d) della compatibilità economico finanziaria;
- e) dei vincoli di bilancio risultanti dagli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione.

Agli organi preposti al controllo spetta, quindi, il compito di effettuare la

verifica di compatibilità economico finanziaria dei costi della contrattazione integrativa con i vincoli di bilancio, nonché la funzione di verificare la legittimità relativamente al rispetto delle competenze del contratto integrativo (materie espressamente devolute dal livello nazionale, ambiti riservati dalla legge), estendendosi la finalizzazione della contrattazione integrativa con riferimento al rispetto dei criteri di meritocrazia ed al perseguimento dell'obiettivo di una maggiore produttività ( cfr. art. 40 bis D.lgs. 165/2001).

Quanto alla procedura di controllo, l'art. 40 bis D.lgs. n. 165/2001 prevede che i contratti integrativi sottoscritti, corredati da un apposita relazione tecnico-finanziaria ed una relazione illustrativa certificate dai competenti organi di controllo, siano trasmessi alla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Funzione Pubblica ed al Ministero dell'Economia e delle Finanze – Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, che entro trenta giorni ne accertano, congiuntamente, la compatibilità economica finanziaria ed effettuano le altre verifiche analoghe a quelle di competenza degli organi di controllo interno e che investono anche la legittimità del contratto integrativo.

In caso di formazione di silenzio assenso o di valutazione positiva, la delegazione di parte pubblica può procedere alla stipula del contratto integrativo.

In caso di riscontro negativo, le parti riprendono le trattative, con la conseguenza che una nuova formulazione del testo comporta l'avvio di una nuova procedura di controllo.

### **1.5. Contrattazione decentrata e potere unilaterale della pubblica amministrazione**

La ricostruzione normativa che precede evidenzia in modo chiaro gli stretti ambiti di operatività della contrattazione integrativa.

A ciò va aggiunto un ulteriore potere che la legge ha attribuito all'amministrazione e che oggettivamente assesta un colpo durissimo alle organizzazioni sindacali, svuotando di fatto l'obbligo a stipulare, tipico della vera e propria contrattazione.

Il comma 3 ter dell'art. 40 D.lgs. n. 165/2001 stabilisce che “Al fine di assicurare continuità e il migliore svolgimento della funzione pubblica, qualora non

si raggiunga l'accordo per la stipulazione di un contratto collettivo integrativo, l'amministrazione interessata può provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva sottoscrizione.”

Tale previsione normativa è stata introdotta allo scopo di evitare le pressioni dei sindacati sulle amministrazioni, che, forti dell'obbligo a contrattare e stipulare, provocavano l'interruzione delle trattative, mettendo così in seria difficoltà sia l'amministrazione che i dipendenti.

Oggi, sulla contrattazione prevale l'interesse pubblico alla continuità dell'azione amministrativa, che non può essere condizionato dalla ricerca obbligatoria del consenso.

Le amministrazioni, infatti, sono messe in condizione di proporre loro attivamente e direttamente le piattaforme contrattuali e su quelle perseguire l'accordo.

In mancanza di accordo l'amministrazione potrà provvedere direttamente, anche se si tratta di atti provvisori la cui efficacia verrà meno al raggiungimento dell'accordo integrativo.

## Bibliografia

Dottrina: sull'evoluzione del sistema delle fonti del lavoro pubblico: D'ANTONA, Contratto Collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la seconda privatizzazione del pubblico impiego (osservazioni sul D.lgs. n. 396 del 1997, n. 80 del 1998 e n. 387 del 1998), in *Foro it.*, 1999, I, 625; PESSI, Ripensando alla riforma della pubblica amministrazione: manutenzione o restaurazione?, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, 294; TENORE, Il manuale del pubblico impiego privatizzato, EPC editore, 2011; CIMINO, La "Riforma Brunetta" del lavoro Pubblico, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 1,5; TALAMO, La "Riforma Brunetta" del lavoro Pubblico, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010; SORDI, Il Sistema delle Fonti della Disciplina del Lavoro Pubblico (dopo il D.lgs. n. 150/2009), in *Lav. nella p.a.*, 2010, 05, 805; ROMEO, La Controriforma del pubblico Impiego, in *Lavoro nella Giur.*, 2009, 8, 761; CARUSO, Gli esiti regolativi della "Riforma Brunetta" (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni), in *Lav. nella p.a.*, 2010, 02, 235; POLIZZI, Viaggio nella privatizzazione del pubblico impiego: dalla legge al contratto .... e ritorno, in *Lavoro nella Giur.*, 2012, 1, 51; OLIVIERI, Il nuovo ordinamento del Lavoro Pubblico, Maggioli Editore, 2012.

In materia di controlli sulla contrattazione decentrata ASTEGIANO, Contrattazione collettiva decentrata e sistema dei controlli: prime riflessioni, in *Aziendaitalia – Il Personale*, 2010, 5, 255

Giurisprudenza: sull'impatto della norme del D.lgs. n. 150/2009 sulla contrattazione nazionale ed integrativa e sulla disciplina transitoria prevista dall'art. 65 del D.lgs. 150/2009: Tribunale di Catanzaro, 22 marzo 2011, in *Foro It.*, 2011, 5, U, 1561; Tribunale di Venezia, 12 marzo 2011, in *Foto It.*, 2011, 5, I, 1562; contra Tribunale di Bologna 21 marzo 2011, in *Foro It.*, 2011, 5, I, 1561; Tribunale di Treviso 18 febbraio 2011, in *Foro it.*, 2011, 5, I, 1562; Tribunale di Torino, 2 aprile 2010, in *Lav. nella p.a.* 2010, 1, 91 con nota di Matteini, Relazioni sindacali e decreto "Brunetta" prime questioni applicative”

Prassi: circolare Ministero per la Pubblica Amministrazione 13 maggio 2007, n. 7 in materia di contrattazione integrativa. Indirizzi applicativi del D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (G.U. n. 163. Serie generale, del 15 luglio 2010); lettera circolare Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione 17 febbraio 2011, n. 1. Applicazione del D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150. Intesa del 4 febbraio 2011. Decorrenze.

## 2

# LE MANSIONI NEL LAVORO PUBBLICO

di Nicola Petracca e Ferruccio Pezzulla

### 2.1. Quadro normativo

Le mansioni, all'interno del pubblico impiego, conservano grossi profili di differenziazione a livello normativo, rispetto al privato.

L'art. 52 d.lgs. n. 165/2001, stabilisce che “Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali e' stato assunto o alle mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto delle procedure selettive di cui all'articolo 35, comma 1, lettera a). L'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione”.

In realtà, l'incipit dell'art. 52 si pone nel solco tracciato dall'art. 2103 c.c. e stabilisce che “il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto, o alle mansioni considerate equivalenti”. Tuttavia, aggiunge il legislatore, l'equivalenza deve essere valutata nell'ambito “della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi, ovvero alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o preselettive”

Il punto rappresenta, invero, la vera e propria eredità del previgente sistema in cui l'impiego pubblico costituiva, giuridicamente parlando, uno status prima che un rapporto di lavoro (prevalenza dell'aspetto formale della posizione orga-

nizzativa ricoperta grazie ad un atto formale). In ragione della prevalenza del dato formale e dell'autoritarità del rapporto di impiego pubblico, la giurisprudenza (amministrativa, poiché la giurisdizione in materia de qua apparteneva al giudice amministrativo) riteneva assolutamente irrilevante lo svolgimento di mansioni superiori di fatto, tanto ai fini retributivi tanto ai fini della carriera. Ancora di recente la giurisprudenza amministrativa ha dibattuto (ovviamente per le questioni sorte anteriormente alla riforma del 1998 che ha segnato il mutamento di giurisdizione, dal giudice amministrativo al giudice ordinario) che ha sancito espressamente la fine del divieto di corrispondere le differenze retributive per lo svolgimento delle mansioni superiori, lasciando in vita solo il divieto dell'inquadramento). I giudici amministrativi sono sempre decisamente orientati nell'escludere la retribuità delle mansioni superiori in tutti i casi in cui non sussista una specifica legge che l'autorizzi, quand'anche ci sia il posto vacante in organico e un provvedimento formale di assegnazione illegittimo ma non illecito.

Tale essendo il retaggio culturale che l'art. 52 d.lgs. n. 165/2001 si porta dietro, occorre chiarire, la portata del concetto di equivalenza e conseguentemente l'ambito dello *ius variandi* del datore di lavoro pubblico e le eventuali cattive applicazioni, da parte della P.A. datore di lavoro, di tale principio.

E' da premettere che sussiste un'ulteriore differenziazione di disciplina tra il Pubblico Impiego puro e quello privatizzato, nel primo caso, infatti, l'articolazione dei profili mansionistici avviene con riferimento al settore considerato.

Per quanto concerne, invece, il pubblico impiego privatizzato, sussiste la divisione per c.d. Aree e fasce.

Le aree rappresentano articolazioni ampie ed omogenee per conoscenze e competenze. Queste sono state previste dalla contrattazione collettiva, segnatamente dalla contrattazione 1998/2001, che è andata a sostituire le vecchie qualifiche funzionali, previste dal testo Unico ante privatizzazione, con aree più articolate, vale a dire l'area A, area B, area C, dove l'area A è la più bassa. All'interno di ogni singola area, sono contenuti i profili professionali che individuano tecnicamente le mansioni svolte dal prestatore di lavoro e si articolano in fasce o posizioni economiche.

Brevemente, occorre, altresì, segnalare che la contrattazione collettiva è sud-

divisa in comparti, laddove per comparto si intende un raggruppamento omogeneo di lavoratori che viene individuato ponendo mente alla tipicità del ruolo svolto dal dipendente e dall'ufficio da cui dipende.

Venendo, nello specifico all'analisi dell'art. 52 d. lgs. n. 165/2001, si può osservare che rispetto all'art. 2103 c.c., tale norma pone una prima differenza macroscopica: il divieto assoluto di superiore inquadramento o di attribuzioni di incarichi di direzione.

Peraltro la recente riforma contenuta nel D.lgs. n. 150/2009, ha inteso ribadire espressamente tale concetto rendendo esplicito l'assunto, nell'ultima parte del primo comma, che "L'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione".

In relazione a tale aspetto, risulta pacifica la prevalenza nell'area pubblicistica dei principi costituzionali di buona amministrazione (assetto rigido e trasparente) e di controllo della spesa pubblica che impediscono la diretta rilevanza di su tale assetto definitivo del diretto comportamento di singoli funzionari. (indisponibilità degli interessi coinvolti e necessità del concorso pubblico al fine di essere assegnato a svolgere determinate mansioni).

Quanto all'equivalenza delle mansioni, l'art. 52, la ricollega non "alle ultime effettivamente svolte" come avviene con l'art. 2103 c.c., ma "all'ambito della classificazione del personale prevista dai contratti collettivi".

La norma non rimette tout court la valutazione dell'equivalenza ai contratti collettivi (con l'unico limite dell'arbitrarietà e irragionevolezza della previsione collettiva), ma solo l'individuazione dell'ambito (area) entro cui operare tale giudizio di equivalenza. Sul punto la giurisprudenza ha ben chiarito che l'operazione ermeneutica non può non tener conto delle mansioni astrattamente contemplate dalle discipline applicabili, ma non può esimersi da un giudizio di equivalenza in concreto, sulla base dei requisiti da tempo affermati dall'orientamento della S.C. in tema di **meccanismi convenzionali di mobilità orizzontali previsti all'interno delle aree dai ccnl** (S.U. 25033 del 24 novembre 2006). Si frustrerebbe totalmente la ratio di garanzia della professionalità del dipendente pubblico qualora l'esigibilità si estendesse anche a mansioni del tutto disomogenee. La Corte Cost. del resto sin dal 1989 (sent.108) è sempre stata chiarissima

nel porre l'attenzione al tema del bilanciamento del potere direttivo datoriale con la dignità e la professionalità del lavoratore. **I parametri sono sempre gli stessi, anche se il ruolo della contrattazione collettiva è altamente potenziato.** Sempre principio di protezione della professionalità acquisita.

Quanto alle conseguenze – e qui si registra da sempre il principale punto di scontro tra giurisprudenza amministrativa e ordinaria – la Cassazione ha ormai accolto il principio che il lavoratore che risulti adibito a mansioni superiori, nel rapporto di lavoro del pubblico impiego privatizzato, ha diritto al risarcimento del danno, nella misura della differenza tra ciò che gli sarebbe spettato e ciò che ha effettivamente percepito, riconoscendo, nella sostanza il diritto alle differenze retributive, riconoscendo l'operatività del precetto costituzionale di cui all'art. 36 Cost, sulla retribuzione proporzionata e sufficiente.

Da ultimo, infatti, le SS.UU. con la nota pronuncia n.3814/2011 hanno disatteso l'orientamento della magistratura amministrativa in base al quale le differenze retributive per mansioni superiori, svolte da pubblici dipendenti, possono essere riconosciute con carattere di generalità solo dopo l'entrata in vigore dell'art. 15 del d.lgs. 29 ottobre 1998, n. 387, mentre prima, di regola, andavano negate a meno che non fosse rinvenibile una norma di settore che le riconoscesse (cfr. Cons. Stato, Ad. Plenaria, sentenza 28 gennaio 2000, n. 10, Ad. Plenaria, sentenza 23 marzo 2006, n. 3, da ultimo Cons. Stato, sez. VI - sentenza 3 febbraio 2011, n. 758).

Secondo la Suprema Corte, di regola, nel pubblico impiego "privatizzato", allo svolgimento delle mansioni superiori consegue l'attribuzione del relativo trattamento, poichè in tale settore il divieto di corresponsione della retribuzione corrispondente alle mansioni superiori, stabilito dall'art. 56, comma 6, del d.lgs. n. 29 del 1993, come modificato dall'art. 25 del d.lgs. n. 80 del 1998, è stato soppresso dall'art. 15 del d.lgs. n. 387 del 1998, con efficacia retroattiva; infatti, la modifica del comma 6, ultimo periodo, del predetto articolo, disposta dalla nuova norma, è una disposizione di carattere transitorio, non essendo formulata in termini atemporali, come avviene per le norme ordinarie, ma con riferimento alla data ultima di applicazione della norma stessa e, quindi, in modo idoneo ad incidere sulla regolamentazione applicabile all'intero periodo transitorio.

La portata retroattiva di detta disposizione risulta, peraltro, conforme alla

giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha ritenuto l'applicabilità anche nel pubblico impiego dell'art. 36 Cost., nella parte in cui attribuisce al lavoratore il diritto ad una retribuzione proporzionale alla quantità e qualità del lavoro prestato, nonché alla conseguente intenzione del Legislatore di rimuovere con la disposizione correttiva una norma in contrasto con i principi costituzionali. (Cfr. Corte cost. n. 236 del 1992; n. 296 del 1990).

Ulteriore tematica che si ricollega allo ius variandi ed all'equivalenza è quella inerente alle mansioni inferiori.

La tematica delle mansioni inferiori e dell'eventuale demansionamento, risente, anche in questo caso, della tipicità del rapporto di lavoro. In primo luogo si segnala che l'art. 52, a differenza dell'art. 2103 c.c. non contiene un espresso divieto di adibizione del prestatore di lavoro a mansioni inferiori. L'assenza di un simile precetto, tuttavia, non ha distolto la giurisprudenza dal prendere in esame la questione e rendere, altresì, possibile la formazione di un orientamento. Sul punto, si registra la presa di posizione soprattutto del Tribunale di Roma che, in presenza di determinate condizioni, riconosce il diritto al risarcimento del danno da demansionamento nel pubblico impiego, sul presupposto che ad essere tutelato è il patrimonio professionale del lavoratore. Segnatamente, secondo la più accreditata giurisprudenza di merito, nella disciplina del pubblico impiego il demansionamento del lavoratore deve essere valutato in base alla astratta coerenza formale tra inquadramento e nuove mansioni, ma l'interscambiabilità di incarichi all'interno della medesima categoria professionale non può divenire il mezzo per incidere negativamente sulla professionalità del lavoratore, come pattiziamente tipizzata. Ogni tipo di lesione di cui si chiede il ristoro, in conseguenza del demansionamento, deve essere oggetto di prova, nonché determinata nella specie in base al bene della vita effettivamente leso. (Trib. Roma 21/4/2008, d.ssa Marocco).

Significativa produzione giurisprudenziale, in materia di mansioni si è, poi, registrata, in merito ad alcune questioni che la pratica ed il funzionamento dei pubblici uffici offrono quotidianamente.

In particolare la giurisprudenza ha affrontato il problema delle c.d. "reggenze": temporanee assunzioni di funzioni dirigenziali- carattere vicarie e se contenute nell'ambito delle previsioni del 52 (assenza o procedura concorsuale in

corso) senza gli effetti collegati alla qualifica superiore

Vi è poi la tematica del rapporto della dirigenza e della vice dirigenza ed ancora degli incarichi dirigenziali ex art. 19 del Testo Unico

In materia si registra la sostanziale “spaccatura” di regime e disciplina che caratterizza il rapporto di lavoro pubblico del dirigente rispetto a quello del personale non dirigenziale. Per i **dirigenti** di ruolo, infatti, la fonte normativa (art.19) delinea una disciplina del tutto peculiare in cui il momento dell’attribuzione dello Status legato al concorso è distinto da quello delle funzioni e quindi delle mansioni concrete.

La dirigenza pubblica è articolata nella prima e nella seconda fascia (artt.15 e 23 del D.Lgs. n. 165/2001).

I dirigenti di prima fascia operano a più stretto contatto con gli organi di governo ai quali riferiscono sulla propria attività. In particolare, ad essi gli organi politici attribuiscono incarichi dirigenziali di uffici dirigenziali generali, con il compito di curare l’attuazione dei piani, programmi e direttive generali definite dagli organi medesimi e di formulare proposte ed esprimere pareri agli stessi. A tali fini, i dirigenti di prima fascia svolgono le seguenti attività (art. 16 del D.Lgs. n. 165/2001):

- organizzano l’attività degli uffici nei quali è ripartito l’ufficio dirigenziale generale;
- attribuiscono ai dirigenti di seconda fascia i relativi incarichi, le risorse e gli obiettivi da conseguire, dirigendone e coordinandone l’attività;
- adottano gli atti e i provvedimenti amministrativi, esercitando i poteri di spesa e di acquisizione delle entrate non delegate;
- promuovono e resistono alle liti ed hanno il potere di conciliare e transigere;
- decidono sui ricorsi gerarchici avverso gli atti e provvedimenti non definitivi dei dirigenti non generali. I dirigenti di seconda fascia, invece, nell’espletamento del proprio incarico, svolgono le seguenti attività (art. 17 del D.Lgs. n. 165/2001):
- organizzano l’ufficio assegnato dal dirigente generale;
- provvedono alla gestione del personale e delle risorse assegnate per

l'attuazione dei progetti ed il conseguimento degli obiettivi individuati dal dirigente generale con il conferimento dell'incarico;

- dirigono, coordinano e controllano l'attività dell'ufficio;
- adottano gli atti e provvedimenti amministrativi necessari, esercitando poteri di spesa ed acquisizione delle entrate.

L'amministrazione-datore di lavoro è tenuta, anche sulla base dei principi di correttezza e buona fede, a procedimentalizzare il conferimento degli incarichi dirigenziali, con la necessaria previsione di valutazioni comparative tra i candidati.

Sul punto, l'art. 19 del D.Lgs. n. 165/01 prevede che “per il conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale si tenga conto – in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati – delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, valutate anche in considerazione dei risultati conseguiti, in rapporto agli obiettivi fissati nella direttiva annuale e negli altri atti di indirizzo del Ministro”.

**L'art.19 comma 1** esclude espressamente l'applicabilità dell'art. 2103 c.c.

Al riguardo, la Corte di Cassazione ha affermato che “laddove l'amministrazione non abbia fornito nessun elemento circa i criteri e le motivazioni seguiti nella scelta dei dirigenti ritenuti maggiormente idonei agli incarichi da conferire, è configurabile inadempimento contrattuale, suscettibile di produrre un danno risarcibile” (così Cass. 12 ottobre 2010, n. 21088, in Lav. pubb. amm., 2010, 955).

Tale arresto si muove nel solco tracciato da una recente pronuncia della Suprema Corte che aveva preso posizione sul punto del diritto all'incarico ribadendo l'affermazione che, “nel lavoro con la pubblica amministrazione, la qualifica dirigenziale non esprime 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 contratto di lavoro stipulato all'esito della procedura concorsuale) a svolgerle concretamente per effetto del conferimento, a termine, di un incarico dirigenziale”.

Da tale scissione tra instaurazione del rapporto di lavoro dirigenziale e conferimento dell'incarico di direzione la giurisprudenza ha desunto l'insussistenza

di un diritto soggettivo del dirigente pubblico al conferimento di un incarico dirigenziale: Cass. 12 febbraio 2007 n. 3003, in rassegna; Cass. 22 febbraio 2006 n. 3880; Cass. 6 aprile 2005 n. 7131, in questa Rivista, 2006, I, 674; Cass. 22 dicembre 2004 n. 23760, ivi, 2005, I, 1391; Cass. 20 marzo 2004 n. 5659, ivi, 2004, I, 2471, con ampi richiami anche alle conformi posizioni della dottrina e della giurisprudenza di merito. Di recente, tuttavia, è emersa qualche incertezza, derivante dall'assimilazione tra contratto di lavoro e conferimento dell'incarico: Cass. 23 febbraio 2007 n. 4275, ivi, 2007, I, 2265 e Cass. 12 febbraio 2007 n. 3003, cit. sembrano collegare l'applicazione della disciplina, anche contrattuale, della dirigenza non all'acquisizione della qualifica, ma al conferimento dell'incarico; Cass. 3 novembre 2006 n. 23549, ivi, 2266, ritiene che l'esistenza di discrezionalità dell'amministrazione precluda in sede giudiziale l'adozione di sentenza costitutiva del rapporto di impiego contrattualizzato (preclusione sussistente, più propriamente, riguardo al conferimento dell'incarico).

#### Bibliografia

V. TENORE, *Manuale del pubblico impiego privatizzato, Epc libri Roma*, 2011; L. SGARBI, *Mansioni e inquadramento del Lavoratore*, Padova, Cedam, 2004; S. CASTRO, *Pubblico Impiego e Mansioni*, Napoli, 2009. In particolare sull'equivalenza delle mansioni: G. MIMMO – A. OCCHIPINTI, *Mansioni superiori e mansioni equivalenti*, Milano, 2002; A. FRANCIOSO, *Retribuzione illegittima a seguito di inquadramento o assunzione illegittima: danno istantaneo ad effetto prolungato o danno continuato?*, in *Foro Amm.*, 1999, 552. Sulla differenza di trattamento tra Pubblico impiego privatizzato e non: V. TENORE (a cura di), *Il pubblico impiego non privatizzato, Trattato in 5 volumi, Milano, Giuffrè*, 2007. V. TENORE, *Le incompatibilità nel pubblico impiego, gli incarichi, le consulenze e l'anagrafe delle prestazioni*, Roma, 2008. Giurisprudenza Correlata: C.d.S., sez. IV, 15 settembre 2009, n. 5529; C.d.S., 24 dicembre 2008, n. 6571; sez. VI, C.d.S., 3 febbraio 2011, n. 758; C.d.S., 20 ottobre 2010, n. 7584; C.d.S., 8 maggio 2009, n. 2845; C.d.S., sez. V, 4 marzo 2008, n. 879; C.d.S., 6 dicembre 2007, n. 6254; C.d.S., sez. V, 9 marzo 2010, n. 1382.

C.d.S., sez. V, 2 agosto 2010, n. 5064; C.d.S., 25 maggio 2010, n. 3314; C.d.S., 15 giugno 2011, n. 3639; C.d.S., 3 febbraio 2011, n. 758; C.d.S., 18 settembre 2009, n. 5605; Cass. SS.UU. 16 febbraio 2011, n.3814.

# 3

## La dirigenza pubblica

di Olimpio Stucchi e Paola Fusco

### 3.1. Quadro normativo

Lo studio della dirigenza pubblica a mezzo dei poteri e doveri connaturati alla posizione ricoperta in seno alla Pubblica Amministrazione, comporta una serie di considerazioni giuridiche ma soprattutto organizzative.

L'insistenza con cui il legislatore, nel corso degli anni, è intervenuto sulla dirigenza alla ricerca di un "padrone serio" discende dall'idea che il settore pubblico potesse e possa essere orientato alla efficienza solo seminando in esso i principi che regolano il mondo privato, sostenendo in definitiva che la funzionalizzazione dell'apparato statale necessitasse del passaggio dal modello burocratico al modello d'impresa.

L'assimilazione del dirigente pubblico al manager privato, rappresentava la chiave di volta dell'operazione, la cui riuscita dipendeva soprattutto dal renderlo autonomo, svincolandolo dall'ingerenza politica.

Invero, nonostante gli intenti programmatici, la dirigenza amministrativa, fino alla riforma degli anni Novanta, ha subito di buon grado l'esautorazione dei poteri da parte dei vertici politici che garantivano ai primi, a prescindere dal rispetto dei principi del "buon andamento" e della "imparzialità" l'inalterabilità e la illicenziabilità, al pari dei semplici dipendenti. A completare il quadro e a rendere plasticamente l'idea di un dirigente "Giano bifronte" vi era un sistema di relazioni sindacali retto da ramificate forme di cogestione (tra amministrazione e sindacati), riconosciute espressamente dalla normativa oppure affermate sul piano della prassi.

La politicizzazione delle logiche di comportamento della parte datoriale rendeva impossibile l'esistenza di un contrasto d'interessi tra amministrazioni e dipendenti e perciò poneva il mondo del lavoro pubblico ben lontano dalle dinamiche tipiche del sistema di relazioni industriali del settore privato.

L'insieme, così come descritto, imponeva dei cambiamenti radicali, perseguiti con la privatizzazione dei rapporti di lavoro che ha determinato la separazione tra la configurazione strutturale degli apparati, riservata per legge ai regolamenti o ad atti organizzativi di carattere pubblicistico, e le determinazioni riguardanti il funzionamento degli uffici, assunte dai dirigenti responsabili della gestione con la capacità di diritto privato, nello spazio che la configurazione organizzativa, stabilita mediante le fonti unilaterali, lascia alla loro responsabilità.

Così, proprio perché tutta l'attività di amministrazione concreta compete solo ai dirigenti, essi godono, in quest'ambito, di piena autonomia gestionale alla quale è connessa una specifica responsabilità per il mancato raggiungimento dei risultati.

Nel sistema del decreto legislativo n. 165/2001, al di sotto degli atti di macro-organizzazione di cui all'articolo 2, e dei poteri di indirizzo spettanti al vertice politico-istituzionale, la dirigenza ricopre entrambi i ruoli». Ciò secondo un'impostazione normativamente prescritta, volta a realizzare il modello.

Quindi il problema della dirigenza, in prima battuta, è stato un problema di affrancamento dalla politica.

E si può osservare come la prassi applicativa abbia messo in evidenza alcune difficoltà nella realizzazione di questo obiettivo, soprattutto a causa della prevalenza delle ragioni della politica rispetto a quella della managerialità.

Il che è dimostrato dalla necessità avvertita dal Governo di varare una riforma a tutto campo della materia, dichiaratamente ispirata al paradigma efficientista» (cfr. articolo 1, comma 2, e articolo 37, decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150).

La figura del dirigente rappresenta la proiezione in concreto di tre principi affermati dalle prime norme del decreto legislativo n. 165 del 2001: «il principio della distinzione dei poteri tra politica e dirigenza (articolo 4, decreto legislativo n. 165/2001); il principio di funzionalità, che si concretizza nel perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità (articolo 2, lettera a, decre-

to legislativo n. 165/2001; ma si confronti anche l'articolo 1 del decreto legislativo n. 286/1999); il principio della "gestione privatistica", secondo cui «gli organi preposti alla gestione» assumono le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro «con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro» (articolo 5, comma 2, del decreto legislativo n. 165/2001, come modificato dal decreto legislativo n. 150/2009)».

Da questi principi si inferisce in via interpretativa che la responsabilità affidata ai dirigenti deve riflettersi su incarichi e retribuzione degli stessi; e che, evidentemente, l'operare del principio di economicità deve arrivare fino a caratterizzare il contratto di lavoro del dirigente pubblico.

La questione della controparte pubblica non si esaurisce però con riguardo alla configurazione di una dirigenza responsabile della gestione e autonoma dalla politica in ciascuna organizzazione. Essa ha una significativa propaggine sul piano delle relazioni sindacali e rimanda ad una serie di problematiche non del tutto risolte né a livello nazionale né a livello decentrato e, anzi, di recente per qualche verso aggravate con riguardo al ruolo dei Comitati di settore e dell'Aran e alle delegazioni trattanti a livello decentrato.

### **3.2. Il Dirigente Pubblico e la legge delega 4 marzo 2009, n. 15.**

Nella legge delega 4 marzo 2009, n. 15, è l'articolo 6 a contenere i principi e i criteri in materia di dirigenza pubblica, declinandoli secondo l'efficienza, «utilizzando anche i criteri di gestione e di valutazione del settore privato»; e «il principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza», da applicarsi, però, «nel rispetto della giurisprudenza costituzionale in materia, regolando il rapporto tra gli organi di vertice e dirigenti titolari di incarichi apicali in modo da garantire la piena e coerente attuazione dell'indirizzo politico degli organi di governo in ambito amministrativo».

La precisazione è funzionale a ritagliare gli spazi lasciati liberi dal Giudice delle leggi per consolidare il rapporto tra l'alta dirigenza e i vertici politici. Le enunciazioni programmatiche, lasciano il passo, nel comma 2 dell'articolo 6, alla elencazione dei principi di delega. La lettera a afferma la «piena autonomia

e responsabilità del dirigente, in qualità di soggetto che esercita i poteri del datore di lavoro pubblico, nella gestione delle risorse umane». La lettera, corretta nel decreto di attuazione (avendo già dato la stura ad ipotesi di “controriforma”), e che farebbe pensare ad un accrescimento del potere d’azione del dirigente, sconta la fitta rete di vincoli e garanzie a cui lo stesso soggiace. La combinazione di un potere di disposizione così consistente e le sanzioni potenzialmente applicategli potrebbero dar vita, come è già accaduto in passato, al contenzioso per eccesso di potere sia con riguardo alla provvista che alla gestione delle risorse umane.

Invero, dato per assodato che l’assunzione e le progressioni di carriera (comprese quelle dalla prima alla seconda fascia dirigenziale) avvengano per concorsi, si prevede che ogni valutazione del dirigente e l’operato dello stesso siano sottoposti a controllo ad opera di organi *super partes*, come il Comitato dei Garanti (articolo 6, comma 2, lettera h).

Il dirigente, già nella legge delega è investito del ruolo di chiave di volta di un intero sistema.

Senza addentrarci nella disquisizione intorno alla natura dell’obbligazione (se di mezzi o di risultato) in capo al dirigente, nel primo caso, trattandosi di atti amministrativi, egli vanta un interesse legittimo a che la procedura di selezione cui è sottoposto sia rispettosa della legge, nel secondo caso, trattandosi di atti privatistici, egli ha un diritto soggettivo, come qualsiasi parte contrattuale, all’esatto adempimento.

La legge delega impone al dirigente anche una serie di divieti. Oltre al trattamento accessorio e alle procedure di mobilità, strettamente collegate alla produttività, la parte variabile del compenso del dirigente, dipende dall’osservanza del dovere di vigilanza «sull’effettiva produttività delle risorse umane assegnate e sulla efficienza della relativa struttura»; nonché dalla «predisposizione di un sistema di valutazione dei risultati coerenti con i principi contenuti nella presente legge» (articolo 6, comma 2, lettera b).

Il dirigente, la cui responsabilità civile è limitata ai casi di dolo e colpa grave, è quindi responsabile dell’eventuale comportamento lassista dei dipendenti a lui assegnati.

Si prevede che il dirigente sia privato del trattamento economico accessorio

nel caso in cui «senza giustificato motivo non abbia avviato il procedimento disciplinare» (articolo 6, comma 2, lettera c) oppure quando non lo abbia avviato entro il termine di decadenza, o per aver reso, in merito ai fatti oggetto di contestazione, «valutazioni irragionevoli o manifestamente infondate» (articolo 6, comma 2, lettera e).

Funzionale alla riuscita dell'operazione è l'applicazione delle norme in tema di valutazione e controllo «sull'effettiva produttività delle risorse umane assegnate e sull'efficienza della relativa struttura». La valutazione ed il controllo dovranno intervenire non solo alla fine dell'azione amministrativa ma per tutto il tempo della sua esplicazione, definendo gli obiettivi che si intendono perseguire, verificando lo stato di avanzamento delle procedure ed infine valutando in termini di efficacia ed efficienza l'intera gestione.

L'aspetto della autonomia rileva non solo dal punto di vista della imputazione dei fallimenti della gestione, ma, distinguendosi dalla "discrezionalità" (che per certi versi riecheggia la presunzione di legittimità dell'agire amministrativo), consente agli organismi preposti il controllo e la valutazione dell'operato del dirigente e di conseguenza l'imputazione della mala gestio con il giudizio di responsabilità.

Invero, l'intero disegno della legge delega va letto non solo in ottica sanzionatoria bensì riparatoria degli errori commessi dal dirigente, la cui opera va necessariamente valutata sia in ottica dei risultati raggiunti (in termini di efficacia, efficienza e responsabilità) sia in ottica di legittimità e validità degli strumenti utilizzati per raggiungere quei fini.

In questa prospettiva, la logica premiale legata al trattamento accessorio rappresenta il contraltare di un sistema in cui la valutazione del valutatore (il dirigente nei confronti dei suoi sottoposti) è funzionale a fare della macchina statale un organismo "produttivo" non solo dal punto di vista economico ma soprattutto di gestione delle risorse. Così, la disciplina della responsabilità del dirigente, la corresponsione del trattamento economico accessorio, il conferimento di autonomi poteri di gestione e di spesa rappresentano gli strumenti per creare nell'ambito pubblico una sorta di mercato del lavoro virtuale ove sostituire alla voce l'exit, al fine di garantire alla collettività la certezza di una necessaria applicazione della "gestione virtuosa" propria delle società che agi-

scono in ambito privato.

Ulteriore norma che disegna, seppur de relato, le prerogative datoriali del dirigente pubblico è l'articolo 4, comma 2, lettera b, che stabilisce «l'obbligo per le Pubbliche Amministrazioni di predisporre, in via preventiva, gli obiettivi che l'amministrazione si pone per ciascun anno e di rilevare, in via consuntiva, quanta parte degli obiettivi dell'anno precedente è stata effettivamente conseguita, assicurandone la pubblicità per i cittadini, anche al fine di realizzare un sistema di indicatori di produttività e di misuratori della qualità del rendimento del personale, correlato al rendimento individuale ed al risultato conseguito dalla struttura».

La lettera, che si ricollega ai criteri e alle modalità introdotte per la valutazione dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione pubblica, contempla la necessità generica di una predeterminazione degli obiettivi, in linea con la natura di delega del provvedimento, lasciando al futuro decreto di attuazione il compito di introdurre strumenti idonei a garantirne un'effettiva attuazione.

Gli obiettivi di cui si parla sono stabiliti dal vertice politico e la salvezza dell'autonomia del dirigente dipende dagli spazi di manovra che la direttiva che li contiene lascia ai gestori pubblici. Se i fini da raggiungere sono descritti troppo sommariamente si rischia, oltre alla inefficienza ed alla improduttività, l'impossibilità di valutare l'operato del dirigente. Al contrario, se indicati dettagliatamente, è possibile che si verifichi l'esautorazione dei poteri datoriali, facendo divenire il dirigente il mero esecutore di indicazioni dettate dagli organi di vertice che, in questo modo, si riappropriano della gestione concreta.

Si occupa dei poteri del dirigente pubblico, anche l'articolo 3 della legge delega che ha dato la possibilità di definire il reale ambito ed il significato della c.d. macro-organizzazione, nonché l'estensione della micro-organizzazione privatistica e del suo rapporto con il concetto di organizzazione del lavoro.

Il risultato è la combinazione della natura pubblicistica della organizzazione amministrativa con gli elementi di peculiarità introdotti con la privatizzazione.

La legge delega esprime in maniera alquanto netta l'importanza assegnata alla posizione datoriale del dirigente quale organizzatore del lavoro piuttosto che al profilo funzionale, quale esercente l'attività amministrativa. D'altro canto l'intera operazione tende alla riforma della disciplina del lavoro pubblico più

che alla riforma dell'organizzazione amministrativa.

Le perplessità, con riferimento al provvedimento di marzo, si riferiscono, tuttavia, allo stretto legame tra i profili ordinamentali ed i profili organizzativi-gestori del rapporto di lavoro, soprattutto se ci si riferisce alla dirigenza, che assomma in sé sia l'organizzazione del lavoro che l'organizzazione dei servizi, determinando le modalità attraverso le quali si sviluppa l'azione di cura degli interessi pubblici in relazione alla gestione delle risorse umane e strumentali a sua disposizione.

### **3.3. La figura del dirigente pubblico nel decreto legislativo 27 ottobre 2009**

Il decreto legislativo n. 150/2009 ha modificato, come faceva supporre l'ampiezza della delega, ab imis la disciplina del lavoro pubblico, da identificarsi, per quanto concerne i poteri datoriali concessi al dirigente negli articoli 5 comma 2 e 4 comma 2 del decreto legislativo n. 165/2001. Il primo, nel testo modificato dall'articolo 34 del decreto legislativo n. 150/2009, prevede espressamente che «nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatta salva la sola informazione ai sindacati, ove prevista nei contratti di cui all'articolo 9. Rientrano, in particolare, nell'esercizio dei poteri dirigenziali le misure inerenti la gestione delle risorse umane nel rispetto del principio di pari opportunità, nonché la direzione, l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici».

Il secondo afferma che «ai dirigenti spetta l'adozione degli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo». Essi, inoltre «sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati».

Ora, cosa è cambiato a fronte dell'intervento del decreto legislativo?

Innanzitutto, con esso si è provveduto a correggere la legge delega che nell'articolo 6, comma 2, lettera a, aveva parlato di «poteri del datore di lavoro pubblico», mettendo in gioco quasi venti anni di riforme.

Invero, è opportuno riferire che l'idea di un datore di lavoro "pubblico" (usando l'aggettivo per riferirci alla natura del soggetto – lo Stato – che il dirigente rappresenta), al di là della fiducia nella scelta legislativa, dunque discrezionale, di optare per la contrattualizzazione del pubblico impiego, è una *factio iuris*, necessaria perché senza la figura di un datore di lavoro pubblico, la privatizzazione sarebbe stato un miraggio anche solo concettualmente (nel codice civile non esiste una norma dedicata all'azienda, ma norme dedicate alla figura dell'imprenditore che «organizza l'attività d'impresa»).

Tuttavia la figura, in quanto costruzione normativa, non può esistere a prescindere dalle intenzioni del legislatore che ha dovuto ripensare fondamenti e strumenti di cui il manager privato non ha certo bisogno, condannandolo ad una ontologica debolezza.

Anche se per l'amministratore di una persona giuridica privata vi è la possibilità di fallimento, l'evento patologico è una conseguenza impersonale del mercato, che decide in ultima istanza delle decisioni prese per raggiungere l'obiettivo del profitto.

Non così per il dirigente pubblico. Nonostante la proclamata autonomia dal vertice politico istituzionale, rimane pur sempre un funzionario dello Stato.

Dunque, poiché posizioni e poteri non bastano, per affermare una perfetta sovrapposibilità del dirigente privato e di quello pubblico, occorre valutare se alla luce del decreto legislativo n. 150/2009 quest'ultimo abbia assunto modalità di comportamento e forme di responsabilità del primo.

Il punto iniziale di osservazione è l'articolo 6 della legge n. 15/2009. La norma, ai fini della nostra indagine si presenta strutturata in due parti: la prima, identificabile nel comma 1, è utile per individuare le finalità dell'esercizio della delega in materia di dirigenza; la seconda, corrispondente al secondo comma, articolato in più lettere, contiene l'indicazione degli ambiti specifici nei quali il legislatore delegato è chiamato ad intervenire, fissando i principi ed i criteri direttivi per l'attuazione concreta delle finalità indicate al primo comma.

L'obiettivo immediato è quello di rafforzare il ruolo della dirigenza nell'ambito del lavoro pubblico e di approntare idonee misure, anche di carattere sanzionatorio, affinché i dirigenti assumano quel ruolo datoriale rispetto al quale sono stati molte volte latenti. La scelta dell'aggettivo "immediato", da parte di

chi scrive si giustifica nell'ottica per cui il rafforzamento dei poteri della dirigenza è lo strumento scelto a partire dalla prima privatizzazione per ottenere una migliore organizzazione del lavoro, a sua volta funzionale ad assicurare il progressivo miglioramento delle prestazioni erogate al pubblico.

L'articolo 34 del decreto legislativo n. 150/2009, norma che apre il Capo I del Titolo IV, Nuove norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche, contiene la modifica all'articolo 5 del decreto legislativo n. 165/2001.

Prima di analizzarne le novità vi è da dire che l'articolo 34, assomma in sé due requisiti della delega, l'uno come anticipato, riferito all'articolo 6, l'altro che riprende l'articolo 3, comma 1, ove si afferma che l'esercizio della delega è «finalizzato a modificare la disciplina della contrattazione collettiva nel settore pubblico al fine di conseguire una migliore organizzazione del lavoro e ad assicurare il rispetto della ripartizione tra le materie sottoposte alla legge, e quelle sottoposte alla contrattazione collettiva».

L'articolo 3 delinea indirettamente la sfera d'azione dei dirigenti, riservando loro una competenza per materia tra quelle sottoposte alla legge e quelle sottoposte alla contrattazione collettiva, come prevedeva originariamente l'articolo 10, comma 1, del decreto legislativo n. 29/1993.

Ciò dimostra, che l'attuale riforma, come all'origine dell'intera operazione di privatizzazione, aveva puntato sui poteri datoriali per rendere produttiva la macchina statale.

Ciò naturalmente significava erodere la contrattazione collettiva, che al secondo livello, aveva occupato spazi che non le appartenevano, creando notevoli disfunzioni e sperequazioni.

Questo da un punto di vista programmatico; poiché concentrandosi sulla proiezione pratica dell'ermeneutica, occorre individuare l'ambito e la natura dei poteri attribuiti alla dirigenza per l'esercizio dei propri compiti organizzativi e gestionali.

Vi è da dire, che nel decreto delegato, il Legislatore si pone in una linea di continuità con la disciplina previgente. In particolare il secondo comma dell'articolo 34 del decreto legislativo n. 150/2009, che stabilisce che «Nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, comma 1, le deter-

minazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatta salva la sola informazione ai sindacati, ove prevista nei contratti di cui all'articolo 9.

Rientrano, in particolare, nell'esercizio dei poteri dirigenziali le misure inerenti la gestione delle risorse umane nel rispetto del principio di pari opportunità nonché la direzione, l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici».

Le novità consistono, in primo luogo, nella parte relativa all'informazione ai sindacati in merito ai contratti collettivi cui è demandata, secondo l'articolo 9 del decreto legislativo n. 150/2009 (Partecipazione sindacale) la disciplina delle modalità e degli istituti della partecipazione.

Vengono, inoltre, specificati, i poteri dirigenziali di micro-organizzazione, relativi alla direzione ed all'organizzazione del lavoro nell'ambito delle risorse umane ed economiche assegnategli. Per completezza, con il concetto di micro-organizzazione si fa generalmente riferimento all'organizzazione degli uffici, ovvero delle strutture assegnate a ciascun dirigente, da tener distinta dall'organizzazione del lavoro ovvero dalla gestione del personale.

Tra gli strumenti approntati dal decreto e ad uso del dirigente, l'articolo 35 prevede che all'articolo 6, decreto legislativo n. 165/2001, dopo il comma 4, sia inserito il comma 4-bis, in forza del quale «Il documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale ed i suoi aggiornamenti di cui al comma 4 sono elaborati su proposta dei competenti dirigenti che individuano i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti istituzionali delle strutture cui sono preposti».

Nel decreto legislativo n. 150, l'articolo 37, che apre il Capo II del Titolo IV, stabilisce che le norme comprese tra l'articolo summenzionato e l'articolo 47 «[...] modificano la disciplina della dirigenza pubblica per conseguire la migliore organizzazione del lavoro e assicurare il progressivo miglioramento della qualità delle prestazioni erogate al pubblico, utilizzando anche i criteri di gestione e di valutazione del settore privato, al fine di realizzare adeguati livelli di produttività del lavoro pubblico, di favorire il riconoscimento di meriti e demeriti, e di rafforzare il principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo

e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza, nel rispetto della giurisprudenza costituzionale in materia, regolando il rapporto tra organi di vertice e dirigenti titolari di incarichi apicali in modo da garantire la piena e coerente attuazione dell'indirizzo politico in ambito amministrativo».

La parte relativa alle prerogative che dovrebbero fare, nelle intenzioni del Legislatore delegato, del dirigente pubblico, un datore di lavoro serio ed efficiente, è quella in cui si fa menzione dei criteri di gestione e valutazione propri del settore privato.

Negli articoli 38 e 39 del decreto, da leggere unitamente all'articolo 7, comma 2, lettera c, del medesimo provvedimento (Sistema di misurazione e valutazione della Performance), si prevede, a modifica degli articoli 16 e 17 del decreto legislativo n. 165/2001, che i dirigenti di uffici dirigenziali generali «propongono» (articolo 38) e i dirigenti «concorrono ad individuare» (articolo 39) «le risorse e i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti anche al fine dell'elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale [...]».

Ad eccezione, dunque, dell'indicazione al documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale, non si rileva alcun cambiamento nelle funzioni dei dirigenti. Con detta affermazione, intendiamo riferirci all'aspetto propositivo e positivo dei poteri del dirigente. Naturalmente, non potrebbe parlarsi di un "padrone serio" se lo stesso non potesse contare su un sistema disciplinare con cui indirizzare l'operato dei soggetti che compongono l'ufficio assegnatogli e la cui gestio virtuosa gli consente, nei limiti delle risorse disponibili, di poter conseguire la retribuzione di risultato.

All'aspetto sanzionatorio è dedicato il Capo IV, Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici, in particolare gli articoli 67, 68 e 69.

#### **3.4. Spazi concreti di esercizio da parte del dirigente dei poteri datoriali nell'organizzazione degli uffici e della gestione delle risorse umane**

Parlare di questo ambito involge una riflessione sulle norme e quindi sull'art. 5 co. 2 del decreto 165, secondo cui nell'organizzazione degli uffici e nella gestio-

ne delle risorse umane i dirigenti operano con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, nonchè sugli art. 16 e 17 del medesimo provvedimento, dedicate alle funzioni dei dirigenti di uffici generali e non.

Tra l'altro mentre il riferimento alla gestione delle risorse umane è presente in entrambe queste norme, il solo art. 16 co. 1 lett. h) attribuisce ai dirigenti degli uffici generali i poteri di organizzazione dei propri uffici e di quelli dirigenziali non generali.

Dunque il percorso per l'esercizio del potere comprende: la cornice legale di fonte statale o regionale a seconda del livello di governo; gli atti di autorganizzazione generali, consistenti nella individuazione degli uffici di maggiore rilevanza, adottati dagli organi di governo e dalla cd. "alta amministrazione" nell'esercizio delle prerogative imprenditoriali"; e infine, gli atti di autorganizzazione interna.

Se si valutano gli spazi di manovra del dirigente risultante dall'intersezione delle tre direttrici risulta che gli stessi sono ridotti se aumentano la cornice legale e/o gli atti di autorganizzazione generale. Per quanto concerne gli atti di autorganizzazione interna che dipendono dalle prime due direttrici essi si limitano a meri atti di gestione delle risorse umane.

Passando ad analizzare le singole norme, nell'impianto del decreto n. 150 del 2009 vi sono alcune previsioni che affidano al dirigente un ruolo collaborativo nei confronti degli organi politici sia in merito agli obiettivi sia alla valutazione del loro raggiungimento.

Ci si riferisce alla regola per cui gli organi di indirizzo politico definiscono gli obiettivi "sentiti i vertici dell'amministrazione che a loro volta consultano i dirigenti o i responsabili delle unità organizzative" (art. 5, comma 1) e verificano l'andamento della performance rispetto agli obiettivi "con il supporto dei dirigenti" (art. 6, comma 1).

L'art. 35 prevede che i dirigenti abbiano parte attiva nell'elaborazione e negli aggiornamenti del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale ex art. 6 del d. lgs. n. 165/2001.

A tal fine, ai sensi degli artt. 38 e 39 del decreto, (modificativi degli artt. 16 e 17 del d. lgs. n. 165/2001) i dirigenti contribuiscono all'individuazione dei profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti istituzionali dei loro

uffici e concorrono “alla definizione di misure idonee a prevenire e contrastare i fenomeni di corruzione e a controllarne il rispetto da parte dei dipendenti dell’ufficio cui sono preposti”.

I compiti sono per certi versi la specificazione della cultura della trasparenza, altro baluardo della riforma.

L’art. 32 individua, in tema di ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, uno spazio di “autonoma responsabilità del dirigente nella gestione delle risorse umane”, che si interpone fra quanto stabilito dalla legge e dagli atti organizzativi (di “macro-organizzazione”) e quanto demandato alla contrattazione collettiva.

A riguardo, l’art. 34, nel riformulare l’art. 5, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001, sottolinea la natura privatistica delle determinazioni dirigenziali, cioè la cosiddetta “micro-organizzazione” ed affida alla esclusiva potestà dirigenziale le misure inerenti la gestione delle risorse umane nel rispetto del principio di pari opportunità e “la direzione, l’organizzazione del lavoro nell’ambito degli uffici”.

Il conferimento al datore di veri e propri poteri si riverbera sul regime della responsabilità che pur essendo assente nella lettera della legge discende dall’impianto del provvedimento.

Lo *spatium* decidendi che la legge riconosce al datore si coglie indirettamente nel ruolo riconosciuto alla associazione dei lavoratori: l’art. 34 riconosce loro “la sola informazione”, mentre nell’art. 36 si relega la partecipazione alle previsioni della fonte negoziale.

Aldilà del programma è difficile immaginare uno sviluppo ulteriore della semplice comunicazione ai sindacati delle decisioni assunte.

La previsione è perfettamente in linea con la ratio della Riforma, cioè di sottrarre alla contrattazione e quindi all’ingerenza sindacale “le materie attinenti all’organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell’articolo 9, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi degli articoli 5, comma 2, 16 e 17”, come stabilisce l’art. 54 del decreto 150 a modifica dell’art. 40 del decreto 165 del 2001.

Ambito monopolizzata dalla dirigenza è quello della materia disciplinare: l’art. 69 del decreto n. 150/2009 introduce nel d. lgs. n. 165/2001 un nuovo art. 55 bis, che nel comma 2 definisce il ruolo del “responsabile, con qualifica diri-

genziale, della struttura in cui il dipendente lavora” nello svolgimento del procedimento disciplinare, a partire dalla contestazione dell’addebito fino alla sua conclusione (nei commi successivi si considera l’ipotesi in cui il responsabile della struttura non ha qualifica dirigenziale).

Tuttavia nel disegno complessivo, riveste valenza paradigmatica il compito, affidato alla dirigenza, di valutare il personale ai sensi dell’art. 9, comma 2, nonchè l’inserimento della stessa, ex art. 12, co. 1, lettera d), tra i soggetti che intervengono nel processo di misurazione e valutazione della performance delle amministrazioni pubbliche.

Progetto naufragato definitivamente con l’Accordo del 4 maggio 2012.

Più esattamente sono stati accantonati gli strumenti ma non l’idea di premiare il merito attraverso corresponsioni sulla parte variabile che dipende dalla produttività.

Tra l’altro l’Intesa del 4 febbraio del 2011 né l’ultima del 4 maggio 2012, neutralizzano l’indipendenza della dirigenza dalla politica come proclamata nell’art. 37 del decreto 150/2009 e ciò in ragione della nuova struttura, premiante e incentivante sia delle retribuzioni, sia delle progressioni verticali e orizzontali.

La formale valutazione dei dipendenti diventa, infatti, obbligatoria e affidata alla dirigenza che sarà a sua volta valutata (dalla dirigenza apicale) anche per il modo in cui eserciterà tale funzione da parte degli Organismi Indipendenti di Valutazione e dietro le linee guida elaborate dalla Commissione Indipendente di Valutazione di cui all’art. 13 del decreto 150.

Il rafforzamento delle prerogative di gestione del personale in favore della dirigenza viene poi ulteriormente specificato con riferimento all’attività di programmazione del fabbisogno del personale e di dimensionamento dell’assetto degli organici: dalle assunzioni flessibili e non, alle politiche delle carriere, alla mobilità.

Nella nuova formulazione del comma 8 dell’art. 19 del TUPI la decadenza automatica per la dirigenza statale, è limitata solo agli incarichi di Segretario generale e agli altri previsti nel comma 3 dell’art. 19: gli incarichi fiduciari esterni sopravvivono anche alla durata politica dell’organo che ha conferito l’incarico fiduciario, sino al termine finale di durata del contratto di incarico.

Il venir meno anticipato per qualunque ragione dell'organo che ha operato la nomina fiduciaria ad un esterno, non produce la decadenza automatica dell'incarico, che non può essere revocato, se non alle condizioni fissate dalla Corte costituzionale e ora dalla legge (valutazione negativa, obbligo di motivazione e contraddittorio: il giusto procedimento).

### **3.5. Dopo la Riforma Brunetta.....**

La Riforma Brunetta ha fatto della figura del dirigente pubblico uno dei suoi capisaldi insieme alla costruzione di un impianto organizzativo che avrebbe dovuto facilitare i meccanismi di valutazione e premio, così da rilanciare il lavoro attraverso il merito.

Naturalmente lo stesso dirigente sarebbe stato sottoposto a valutazione, con esposizione alle conseguenze sul piano della responsabilità e retributivo, tuttavia è evidente lo sforzo di rendere autonoma la figura sia dalla politica che dal Sindacato.

La vera e sola difficoltà è stata e rimane tutt'ora lo stato della finanza pubblica: il dirigente è di fatto impossibilitato a svolgere la benché minima azione sia per quanto riguarda la valutazione (essendo naufragata l'idea di ripartire i dipendenti in tre fasce) che la premiazione del merito.

Né tanto meno, tranne pochi casi virtuosi e a livello locale, si è proceduto a ripensare ad un sistema di premialità che superasse il vincolo economico per tradursi in serie prospettive di carriera o percorsi formativi.

La novità è che pur rimanendo i poteri del dirigente pubblico, i medesimi poteri del datore di lavoro privato, non è ammessa la loro disponibilità in sede di contrattazione collettiva, e tanto meno è ammesso, che la contrattazione nazionale possa prevedere forme più evolute della “mera informazione”.

Quest'ultima, dunque, costituisce (solo se prevista dal CCNL) l'unico strumento di interlocuzione sindacale ammesso nei confronti del dirigente al quale viene in tal modo imposto di assumere le proprie decisioni organizzative.

Tranne queste riflessioni sui poteri, ma come anticipato nelle premesse, la Riforma del 2009, si è risolta solo in “buone intenzioni per il futuro” nonostante la seria carica innovativa in essa contenuta.

Aldilà dei legacci imposti dai vincoli della finanza pubblica, basti pensare all'obbligo, posto a carico del dirigente, di esercitare effettivamente e nei termini dovuti il potere disciplinare e ciò a pena di esporsi a sua volta in sanzioni disciplinari, salvo che l'omissione o il ritardo non dipenda da giustificato motivo, o da non manifestamente infondate o non irragionevoli valutazioni sulla insussistenza dell'illecito.

Naturalmente e nonostante le limitazioni di responsabilità ai casi di dolo e colpa grave, nel caso in cui il dirigente arrivasse a licenziare il dipendente pubblico e fosse costretto a reintegrarlo per ordine del giudice potrebbe essere chiamato a rispondere del danno all'Erario.

Ne discende un certo indebolimento pratico del modello autoritario voluto nel 2009 e dello spirito manageriale proclamato all'epoca.

### **Bibliografia**

---

L'organizzazione del rapporto di lavoro va di pari passo con gli aumentati poteri della dirigenza pubblica, già oggetto di normative discusse negli ultimi dieci anni (S. Casseese, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici: una modificazione costituzionale*, *Giornale dir. Amm.* 2001, 1341; Colapietro, *La "controriforma" del rapporto di lavoro della dirigenza pubblica*, *Leggi civ. comm.*, 2002, 639; D'Alessio, *La legge di riordino della dirigenza pubblica: nostalgie, antologie e amnesie*, *LPA*, 2002, 213; Nicosia, *La dirigenza statale tra fiducia, buona fede e interessi pubblici*, *DRI*; 2003, 253; Valensise, *La dirigenza statale alla luce delle disposizioni normative contenute nella l. 15 luglio 2002, n. 145*, *Torino*, 2002; A. Zoppoli (a cura di), *La dirigenza pubblica rivisitata. Politiche regole modelli*, Napoli, 2004; Rusciano, *Contro la privatizzazione dell'alta dirigenza pubblica*, *Diritti lavori e mercati*, 2005, 624; Ales, *La riforma della dirigenza pubblica nel prisma del metodo comparatistico*, *LPA*, 2002, 975; Salomone, *Le riforme della dirigenza pubblica nel panorama internazionale: modelli ed esperienze*, in F. Carinci e Mainardi, *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, Milano, 2005, 723. In merito ai rapporti tra politica e dirigenza: S. CASSESE, *Grandezza e miserie dell'alta burocrazia italiana*, in *PD*, 1981, 219 ss.; S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, Bologna, 1983; S. CASSESE, *Il rapporto tra politica e amministrazione e la disciplina della dirigenza*, in *LPA*, 2003, 231 ss.; S. CASSESE, *La dirigenza di vertice tra politica e amministrazione: un contributo alla riflessione*, in *LPA*, 2005, 1039 ss.; E. ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro. Un'interpretazione giuslavoristica del rapporto tra indirizzo e gestione*, Giuffrè, Milano, 2002; F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2007, V, 1, 355 ss.; S. BATTINI, B. CIMINO, *La dirigenza pubblica italiana fra privatizzazione e politicizzazione*, in *RTDP*, 2007, 1001 ss.; A. BOSCATI, *Politica e amministrazione*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2004, V, 2, 955 ss. G. D'ALESSIO, *La legge di riordino della dirigenza: nostalgie, antologie ed amnesie*, in *LPA*, 2002, 213 ss.; G. D'ALESSIO, *Nuove norme sulla dirigenza: il legislatore miope e le voci amiche*, in *LPA*, 2005, 445 ss.; G. D'ALESSIO, *La disciplina della dirigenza pubblica: profili critici ed ipotesi di revisione del quadro normativo*, in *LPA*, 2006, 549 ss.;

# 4

## L'obbligo di sicurezza del datore di lavoro pubblico

di Olimpio Stucchi e Paola Fusco

### 4.1. Quadro normativo

La tutela della sicurezza e salute del personale delle Pubbliche Amministrazioni presenta logiche simili a quelle del lavoro privato in considerazione della natura dei poteri del datore di lavoro pubblico.

Anche nel caso in cui il datore di lavoro sia pubblico, la normativa di riferimento è T.U. sulla salute e sicurezza (dlgs. 81/2008 e successive modifiche) a conferma definitiva del principio della cd. sicurezza partecipata tra tutti i soggetti interessati o coinvolti nell'organizzazione lavorativa/produttiva. La partecipazione non coinvolge, infatti, solo i soggetti istituzionali, il principale obbligato della quota del debito di sicurezza (ossia il datore di lavoro) e il rappresentante per la sicurezza ma anche gli stessi creditori, ossia i singoli lavoratori.

A norma dell'art. 2087 del codice civile, sul datore di lavoro ricade l'obbligo principale di protezione dell'integrità psico-fisica del lavoratore, e quindi nella predisposizione degli strumenti e mezzi di tutela deve tener conto della "massima sicurezza tecnologicamente possibile".

Si tratta infatti del principio che esprime l'obbligazione fondamentale del datore di lavoro, in quanto primo garante della sicurezza dei propri dipendenti o equiparati - dall'ampia definizione di lavoratore in materia di salute e sicurezza - proprio perché a governo non solo dell'organizzazione produttiva ma anche del relativo sistema organizzativo e gestionale finalizzato alla prevenzione.

Il T.U. all'art. 2 comma 1 lettera b), fornisce la definizione di datore di lavoro pubblico così da permetterne l'esatta individuazione in ogni PP.AA.; tenendo in conto anche dell'evoluzione che la nozione di datore di lavoro ha avuto più in generale nell'ambito delle varie fasi di riforma dell'impiego pubblico.

Del resto la riforma del pubblico impiego ha fatto della costruzione di una vera figura datoriale una precondizione per raggiungere l'obiettivo dell'efficienza della P.A. Il modello a tal fine individuato è basato come è noto sul principio della distinzione tra le attribuzioni degli organi politici e quelle dei dirigenti ai quali è riservata tutta l'attività di gestione.

Nel testo attuale l'art. 5 co.2 del dlgs. 165/2001 precisa ancor più chiaramente che in passato che la gestione dei rapporti di lavoro rientra e accompagna la competenza in materia di gestione e che sono quindi sempre i dirigenti a gestire le risorse umane, disponendo anche di tutti i poteri di organizzazione del lavoro.

Il ruolo del vertice politico della P.A. in materia di sicurezza sul lavoro non si esaurisce solo nella individuazione del soggetto che deve rivestire il ruolo di datore di lavoro. Tale soggetto, a norma dell'art. 2 appena ricordato, può essere il "dirigente al quale spettano i poteri di gestione" del singolo ufficio in cui viene svolta l'attività o il "funzionario non avente qualifica dirigenziale" ma solo se preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale.

In caso di omessa individuazione o individuazione del datore di lavoro in modo non conforme al T.u., il "datore di lavoro coincide con l'organo di vertice medesimo" con la conseguenza giuridica, per il vertice politico nel caso di comuni, provincie e regioni, di essere direttamente responsabile dell'adempimento degli obblighi organizzativi-gestionali enunciati all'art. 18 del d.lgs.81/2008.

E' bene precisare che rimangono in capo al vertice dell'amministrazione i profili di responsabilità conseguenti ai poteri "strutturali" data la sua posizione apicale, che non possono essere oggetto di trasferimento, quali il potere di definire il budget per la sicurezza o di intervenire, ove consapevoli di disfunzioni della struttura per la sicurezza, o di rimediare a carenze strutturali. A tal riguardo la figura di vertice deve attribuire, al nominato datore di lavoro, adeguata autonomia di gestione e di spesa attraverso lo stanziamento di risorse umane ed economiche tali da attuare le necessarie misure di miglioramento della sicurezza sul lavoro. Il concetto di adeguatezza dello stanziamento, operato secondo

le norme generali di bilancio del settore pubblico, deve “misurarsi” da quanto risultante dal documento di valutazione dei rischi e quindi dai concreti interventi da realizzare per valutare e ridurre i rischi (come ad esempio in ordine alla valutazione dello stress lavoro-correlato).

L'individuazione del datore di lavoro, quale scelta organizzativa legata alla complessità della specifica e singola amministrazione, non deve essere solo formale ma deve rispondere al principio di effettività, secondo il quale può essere considerato responsabile solo chi detiene poteri decisionali e di spesa. Infatti nel T.U. d.lgs. 81/2008 viene confermato uno dei principi cardine del nostro diritto del lavoro, ovvero la titolarità di fatto delle posizioni di garanzia, che, coerentemente da quanto disposto dall'art. 299 del d.lgs 81/2008, rubricato “esercizio di fatto dei poteri direttivi”, non dipendono dal conferimento formale della delega (importanti i riflessi sull'esonero di responsabilità) quanto piuttosto, per la norma citata, dall'esercizio concreto dei poteri propri del datore di lavoro. Per l'esatta individuazione bisogna analizzare gli statuti e i regolamenti organici propri di ogni pubblica amministrazione.

Con una sentenza n. 32151 del 2002, la Cassazione Penale ha stilato i criteri guida per l'individuazione del datore di lavoro all'interno di una struttura comunale, ribadendo altresì che il destinatario degli obblighi sulla applicazione delle norme di sicurezza è il datore di lavoro, coincidente nelle Pubbliche Amministrazioni col dirigente al quale spettano i poteri di gestione dell'ufficio. Questo perché, da un lato, l'attività funzionale dell'Ente pubblico è divisibile in diversi settori e servizi, con la correlata complessità di gestione e monitoraggio a carico di un singolo soggetto; dall'altro perché a capo dei diversi settori operano soggetti qualificati e dotati della necessaria autonomia e dei poteri necessari per gestire in maniera completa i servizi che dirigono.

Passando ai criteri guida fondamentali elaborati dalla sentenza:

- 1) “in base al principio della personalità della responsabilità penale fissato negli articoli 27 e 40 del codice penale l'amministratore o il legale rappresentante di un Ente non può automaticamente, cioè per il solo fatto della carica coperta, essere ritenuto responsabile di tutte le infrazioni penali rilevate nella gestione dell'Ente;
- 2) destinatario delle disposizioni sulla salute e sicurezza è il datore di

- lavoro che nelle Pubbliche Amministrazioni deve identificarsi nel dirigente al quale spettano i poteri di gestione dell'ufficio;
- 3) nell'ambito di un Comune, anche se di modeste dimensioni, rientra tra i compiti gestionali dei dirigenti, con conseguente esclusione dell'organo politico, vigilare sul rispetto delle norme in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro;
  - 4) in materia di prevenzione infortuni ed igiene del lavoro nell'ambito di un ente pubblico territoriale, quale il Comune, attesa la posizione di garanzia del Sindaco e degli assessori, la delega di funzioni ad altri soggetti, quale il dirigente o il funzionario preposti, assume valore al fine di escludere la responsabilità in capo ai deleganti, solo ove gli organi elettivi siano incolpevolmente estranei alle inadempienze del delegato e non siano neppure stati informati di tali inadempienze, così da doversi escludere un atteggiamento di inerzia o di colpevole tolleranza” .

Va da sé che, in considerazione del ruolo riconosciuto dal D.lgs. 150 del 2009 al dirigente pubblico,

la responsabilità degli organi di indirizzo politico sia residuale, tra l'altro solo in funzione di garanzia.

I principi menzionati sono stati confermati dalla Cassazione con la sentenza n. 29543 del 2009 che sulla questione inerente l'individuazione del datore di lavoro a fini prevenzionistici di una ASL, ha affermato che l'obbligo di osservanza delle norme di prevenzione e sicurezza permanga, in assenza di delega sul direttore generale, in quanto soggetto collocato al vertice amministrativo e gestionale.

Secondo la Corte questi obblighi di prevenzione possono tuttavia gravare su un funzionario non avente qualifica dirigenziale, qualora lo stesso, ai sensi dell'art. 2 del D.lgs. 81 del 2008, sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale, individuato dall'organo di vertice dell'amministrazione, tenendo conto dell'ubicazione e dell'ambito funzionale degli uffici nei quali viene svolta l'attività, e sia altresì dotato di poteri decisionali e di spesa.

Per quanto concerne il settore dell'istruzione, il DM 28 settembre 1998 n. 382 ha definito le linee guida per l'attuazione delle disposizioni per la sicurezza sul

lavoro negli istituti scolastici.

Le Circolari n. 119 del 1999 e n. 223 del 2000 hanno di seguito definito i ruoli e le competenze. Il datore di lavoro è il dirigente scolastico, mentre per le Accademie e i Conservatori è il presidente del CdA.

Nell'ambito degli Enti Locali, la Circolare del Ministero dell'interno n. 3 del 17.1996 ha provveduto (anche se con riferimento al D.lgs. 626/1994) ha specificato che, fermo restando la coincidenza del datore di lavoro nelle PPAA con il dirigente al quale spettano i poteri di gestione, ovvero con il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest'ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale, è lasciato ampio spazio all'autonomia di ogni singolo Ente locale e si fa rimando allo statuto e al regolamento organico del personale per l'individuazione del dirigente responsabile.

Nel caso in cui l'Ente non disponga nell'organico di figure dirigenziali, le funzioni gestionali e amministrative possono essere affidate al personale appartenente alle figure massime apicali ivi previste purchè con qualifiche funzionali che prevedano il titolo della laurea.

L'esercizio di tali poteri e prerogative non costituisce svolgimento di mansioni superiori.

Nel caso l'Ente non abbia funzionari di settima qualifica funzionale, i summenzionati poteri e prerogative dirigenziali si intendono riferiti alla figura del segretario comunale.

Nel caso in cui l'Ente abbia una popolazione inferiore ai 10.000 abitanti e non abbia al proprio interno i soggetti con le qualifiche dianzi indicate, il "datore di lavoro" è l'assessore competente in materia o addirittura l'intera Giunta Comunale.

Resta fermo, comunque che l'adempimento corretto dell'onere relativo alla salvaguardia della sicurezza e salute dei lavoratori comporta l'affidamento, in sede di definizione del Piano Esecutivo di Gestione (PEG) e della dotazione finanziaria necessaria al responsabile.

Il PEG (art. 169 del TUEL) determina gli obiettivi di gestione che ciascun dirigente/responsabile di servizio è tenuto a realizzare nell'esercizio finanziario, di conseguenza, assegna agli stessi le risorse umane, materiali e finanziarie occorrenti per attivare e svolgere i procedimenti finalizzati al raggiungimento

degli obiettivi ai medesimi attribuiti.

Il PEG è pertanto lo strumento dal quale è desumibile il responsabile di servizio/dirigente competente e la dotazione finanziaria affidata per gli scopi anzidetti.

L'elaborazione del PEG è tuttavia facoltative per gli Enti Locali con popolazione inferiore ai 15.000 abitanti, dunque in assenza del documento, il datore di lavoro coincide con l'organo di vertice medesimo.

In tal caso, detto organo deve con una delega di funzioni individuare il soggetto cui affidare la qualifica di datore di lavoro (v. Cass. Pen. n. 35137/2007 e n. 38840/2005).

In sintesi, se l'organo di vertice ha proceduto alla individuazione del soggetto cui conferire la qualificazione di datore di lavoro ai fini della sicurezza, può sgravarsi della gran parte degli obblighi organizzativo-gestionali e delle relative responsabilità. Se, al contrario, l'individuazione non è stata fatta o fatta con criteri inappropriati, non si verificherà alcuno spostamento di funzioni né di responsabilità.

L'adempimento corretto dell'onere relativo alla salvaguardia della salute e sicurezza dei lavoratori, comporta l'affidamento, come detto, in sede di definizione del Piano Esecutivo di Gestione della dotazione finanziaria necessaria al responsabile.

Insistere sulla necessità della dotazione finanziaria non è ripetitivo: avere il potere di spesa non costituisce il discrimine in termini di responsabilità del dirigente che dovrà segnalare la necessità di essere dotato dei mezzi necessari all'organo politico.

Dunque, agli organi politici compete il compito di stabilire gli obiettivi da raggiungere e di stanziare le relative risorse, mentre la responsabilità della gestione spetta ai dirigenti dei singoli settori aventi autonomia finanziaria e gestionale.

Detta regola vale razionalmente anche nel caso di delega di funzioni (Cass. Pen. 44890/2009): la presenza di una delega non perfetta in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro e quindi la sua invalidità, non esonera il delegante da responsabilità ma, al tempo stesso, non esclude la responsabilità del destinatario della delega che di fatto abbia svolto le funzioni delegatagli.

Ciò in quanto le posizioni di garanzia, pur in presenza della delega di funzioni, debbono rispettare il principio di effettività, estendendo la responsabilità al soggetto che esercita di fatto i poteri direttivi.

Il principio comporta due conseguenze: 1) la responsabilità del datore di lavoro in materia di sicurezza sul lavoro è legata ai poteri decisionali e di spesa e mancando gli stessi, l'individuazione del soggetto come datore di lavoro non produce alcun effetto ai fini giuridici e di traslazione delle responsabilità; 2) la responsabilità degli adempimenti necessariamente ricade, anche senza una regolare investitura, su colui il quale, di fatto, quotidianamente, prende le decisioni e gestisce i fondi messi a sua disposizione.

Dal punto di vista pratico, l'esatta individuazione del datore di lavoro dipende da scelte organizzative rapportate anche all'ubicazione, alle funzioni e alle dimensioni degli uffici e locali dell'Amministrazione.

#### **4.2. Il dirigente e i compiti e funzioni in materia di sicurezza**

Il ruolo e le funzioni dei dirigenti pubblici sono tracciati nell'art. 4, comma 2 del D.lgs. 165 del 2011, mentre è il nuovo art. 5 del D.lgs. 165, così come del D.lgs. 150 del 2009 a sancire il potere di organizzazione in capo ai dirigenti investendoli delle capacità e dei poteri del privato datore di lavoro.

I dirigenti hanno, quindi, competenza esclusiva relativamente a tutte le misure organizzative attinenti alla gestione del rapporto di lavoro; hanno la responsabilità di utilizzare nel migliore dei modi i dipendenti dei propri uffici, in corrispondenza alle loro capacità e al loro inquadramento contrattuale, affidando loro compiti, responsabilità e mezzi idonei a perseguire nel migliore dei modi gli obiettivi dell'Amministrazione.

Il dirigente in quanto avente la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, ha l'obbligo di garantire la salute e sicurezza dei dipendenti assegnati al suo ufficio.

La Corte di Cassazione Penale, nella sentenza n. 41823 del 30 ottobre 2009, ha affermato la responsabilità di un dirigente comunale, chiamato in causa per l'infortunio occorso ad un lavoratore dipendente, affermando che lo stesso è "tenuto ad impartire disposizioni tecniche e preventive e controllare costantemente

le modalità operative del lavoratore al fine di attuare la tutela antinfortunistica”.

In particolare il dirigente o “facente unzione” di una Pubblica Amministrazione è titolare di una serie di compiti, alcuni in delegabili quali:

- effettuare la valutazione dei rischi e redigere il relativo documento di valutazione dei rischi (DVR);
- designare il Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione dei Rischi (RSPP).

Il dirigente della Pubblica Amministrazione può invece delegare, in materia antinfortunistica, una serie di obblighi a soggetti in possesso dei necessari requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate, con il relativo passaggio di responsabilità, se conferiti attraverso una delega di funzioni con i requisiti previsti dall’art. 16 del D.lgs. 81/2008:

- la delega deve risultare da atto scritto recante data certa;
- il delegato deve possedere tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;
- la delega deve attribuire al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;
- la delega deve attribuire al delegato l’autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate;
- la delega deve essere accettata per iscritto dal delegato;
- la delega deve avere adeguata e tempestiva pubblicità.

L’art. 16, così come modificato dal D.lgs. 106 del 2009, prevede che “La delega di funzioni non esclude l’obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite. L’obbligo di cui al primo periodo si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all’articolo 30, comma 4”. Infine, ai sensi del comma 3bis “Il soggetto delegato può, a sua volta, previa intesa con il datore di lavoro delegare specifiche funzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro alle medesime condizioni di cui ai commi 1 e 2. La delega di funzioni di cui al primo periodo non esclude l’obbligo di vigilanza in capo al delegante in ordine al corretto espletamento delle funzioni trasferite. Il soggetto al quale sia stata conferita la delega di cui al presente comma non può, a sua

volta, delegare le funzioni delegate”.

#### 4.2.1.

##### **Il dirigente e il preposto**

Il D.lgs. n. 81 del 2008, rispetto al dettato normativo del D.lgs 626 del 1994, si è occupato specificamente della figura del preposto all'art. 19.

In particolare: “(...) i preposti, secondo le loro attribuzioni e competenze, devono:

- a) sovrintendere e vigilare sulla osservanza da parte dei singoli lavoratori dei loro obblighi di legge, nonché delle disposizioni aziendali in materia di salute e sicurezza sul lavoro e di uso dei mezzi di protezione collettivi e dei dispositivi di protezione individuale messi a loro disposizione e, in caso di persistenza della inosservanza, informare i loro superiori diretti;
- b) verificare affinché soltanto i lavoratori che hanno ricevuto adeguate istruzioni accedano alle zone che li espongono ad un rischio grave e specifico;
- c) richiedere l'osservanza delle misure per il controllo delle situazioni di rischio in caso di emergenza e dare istruzioni affinché i lavoratori, in caso di pericolo grave, immediato e inevitabile, abbandonino il posto di lavoro o la zona pericolosa;
- d) informare il più presto possibile i lavoratori esposti al rischio di un pericolo grave e immediato circa il rischio stesso e le disposizioni prese o da prendere in materia di protezione;
- e) astenersi, salvo eccezioni debitamente motivate, dal richiedere ai lavoratori di riprendere la loro attività in una situazione di lavoro in cui persiste un pericolo grave ed immediato;
- f) segnalare tempestivamente al datore di lavoro o al dirigente sia le deficienze dei mezzi e delle attrezzature di lavoro e dei dispositivi di protezione individuale, sia ogni altra condizione di pericolo che si verifichi durante il lavoro, delle quali venga a conoscenza sulla base della formazione ricevuta;
- g) frequentare appositi corsi di formazione secondo quanto previsto

dall'articolo 37.

Evidentemente si tratta di una figura inferiore a quella del dirigente, con poteri di vigilanza, oggettiva, sulla sicurezza dei luoghi di lavoro e soggettiva, ovvero sull'osservanza da parte dei lavoratori delle norme di legge e delle disposizioni regolamentari in materia di sicurezza.

Nella Pubblica Amministrazione il preposto è il soggetto che sovrintende l'attività lavorativa dell'ufficio e viene individuato sulla base dei compiti effettivamente svolti, indipendentemente dall'inquadramento contrattuale.

Anche per il Preposto vale il principio di effettività, per il quale le responsabilità sono correlate alle funzioni concretamente svolte piuttosto che a qualità formali. Ai sensi dell'art. 299 "Le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b), d) ed e), gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti".

A conferma del principio, la Cassazione Penale con la sentenza n. 38691 del 2010 ha dichiarato che, ai fini della prova del ruolo di preposto, non è richiesto un documento probatorio documentale o formale, costituendo elementi probatori anche testimonianze o accertamenti fattuali.

Il Preposto, per essere qualificato tale ed essere investito degli obblighi e responsabilità di cui all'art. 19 del D.lgs. 81 del 2008, deve esercitare la propria attività nell'ufficio avendo ordinariamente i compiti di sovrintendenza dell'attività, gestione delle risorse, vigilanza sull'osservanza delle direttive e circolari.

#### **Bibliografia**

---

Soprani P, Sicurezza sul lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni: il ruolo e le responsabilità degli organi di indirizzo politico, in *Ambiente e Sicurezza*, *IlSole24ore*, Milano, 6.4.2011; Trulli C, I soggetti della sicurezza nella PA in *La sicurezza sul lavoro nella P.A.*, *Dei*, 2011, 22 e ss.

# I rapporti tra politica ed amministrazione ed il conferimento degli incarichi dirigenziali

di Olimpio Stucchi e Paola Fusco

## 5.1 Quadro normativo

L'individuazione di un "padrone serio" all'interno delle Pubbliche Amministrazioni, è stata la leva per ripensare ai rapporti tra politica ed amministrazione. Il legislatore, già nel decreto legislativo n. 29/1993 ha costruito un modello discendente dal combinato disposto degli articoli 95, 97 e 98 della Costituzione ove fossero chiari i compiti dell'una e dell'altra. Per quanto concerne il rapporto tra indirizzo politico-amministrativo e la competenza dei dirigenti, l'originaria versione del decreto legislativo n. 29/1993 prevedeva che all'organo di governo fosse riservata solo l'adozione degli atti di indirizzo e degli atti di controllo circa la rispondenza dell'attività amministrativa all'indirizzo preventivamente individuato.

Nel dirigente era individuato, viceversa, il soggetto responsabile dell'adozione degli atti e quindi dei risultati raggiunti nel settore affidatogli. In particolare il comma 1 dell'articolo 3 del decreto legislativo 29/1993, prevedeva che ad essi fosse riservata la gestione finanziaria, oltre che quella tecnico-amministrativa, compresa «l'adozione di tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, mediante autonomi poteri di spesa [...]». L'uso dei verbi gestire/impegnare avevano dato agio ad una lettura restrittiva dell'autonomia del dirigente,

secondo cui l'investitura di questi soggetti non concerneva anche gli atti amministrativi autoritativi, ma si riferiva essenzialmente agli atti di natura negoziale, ovvero ad espressioni valide *inter privatos* non attinenti all'esercizio di pubbliche funzioni. La lettura, che riduceva il dirigente ad essere mero esecutore di disposizioni stabilite "dall'alto", oltre ad essere in contrasto con il dato positivo, si risolveva in una interpretazione abrogatrice della normativa di riforma, la cui ratio era una generale separazione della sfera politica da quella gestionale ed amministrativa complessivamente intesa. La quaestio venne risolta con la riformulazione, ad opera del decreto legislativo n. 80/1998, dell'articolo 3 (ora articolo 4 del decreto legislativo n. 165/2001) molto più *tranchant* nel chiarire che l'adozione di tutti gli atti, ivi compresi quelli di carattere pubblicistico, spetta ai dirigenti, con conseguente esclusione dalla sfera di competenza politica. Il comma 2 dell'articolo 4 afferma che «Ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e dei provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano

l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa [...]». Per questa via si è inteso distinguere la funzione di determinazione degli indirizzi politico-amministrativi dall'attività gestionale e dalla stessa responsabilità per lo svolgimento dell'azione amministrativa.

Le competenze dei dirigenti e dei dirigenti generali sono enunciate negli articoli 16 e 17 del decreto legislativo n. 165/2001, che senza pretesa di esaustività, contengono un elenco funzionale ad identificare i compiti principali.

In dottrina i poteri dirigenziali sono stati suddivisi in poteri gestionali, poteri per atti puntuali e poteri di spesa. Nel primo caso rientrano tutti i poteri del dirigente inerenti alla gestione dell'ufficio intendendo questa sia come definizione dei rapporti individuali di lavoro (nell'ambito della contrattazione collettiva, assumendo la veste di datore di lavoro) sia come organizzazione interna dell'ufficio stesso.

Esemplificativamente il dirigente, mediante il raccordo tra organizzazione del lavoro e organizzazione dei servizi, deve perseguire e raggiungere l'interesse pubblico attribuito alla struttura amministrativa di appartenenza. Le scelte decisionali devono essere improntate all'efficienza dal punto di vista interno anche se si riflettono sul grado di soddisfazione dei

cittadini. In merito all'adozione di singoli atti, vi è da dire che la divisione

dei compiti all'interno delle singole amministrazioni deve essere compiuta con l'adozione di regolamenti organizzativi.

Lo svolgimento di compiti attuativi presuppone la definizione esplicita dei limiti e delle finalità nel rispetto dei quali tali compiti dovranno essere svolti. Tra i poteri dirigenziali rientra anche quello di spesa. Aspetto necessario se si pensa che, se mancasse, la stessa autonomia gestionale e decisionale sarebbe una mera cassa di risonanza di prerogative inattuabili. La portata generale del modello è stata, tra l'altro, confermata, all'interno del decreto legislativo n. 165/2001, dall'articolo 4, rubricato Indirizzo politicoamministrativo. Funzioni e responsabilità, che stabilisce al primo comma che «Gli organi di governo esercitano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare ed adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni, e verificano la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti».

Il secondo comma, dedicato alla dirigenza prevede che «Ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Essi sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati».

Il risultato della norma è che alla politica spetta la scelta di coloro i quali andranno a comporre l'"alta amministrazione" e l'indirizzo e il controllo dei risultati dell'attività di amministrazione concreta che invece spetta esclusivamente ai dirigenti. Impegnare l'amministrazione verso l'esterno, adottare atti di natura negoziale che modificano la sfera dei privati ma pure dell'ufficio rappresentato, ha comportato il conferimento ai tecnici di un autonomo potere di spesa, necessario per non svuotare di significato la lettera della legge. I poteri gestionali si ricollegano, poi, al regime della responsabilità dirigenziale amministrativa per il mancato raggiungimento dei risultati.

Invero, come è stato già sostenuto, inferire da ciò la natura delle obbligazioni a carico del dirigente appare a chi scrive eccessivo, fosse solo per il rischio di ridurre il soggetto a mero esecutore, a prescindere dalla diligenza nell'esecuzione della prestazione.

Nelle intenzioni del legislatore, l'articolo 4, che si riconferma valido anche dopo l'ultima riforma qui in commento, doveva innescare un circolo virtuoso che avrebbe visto i politici stabilire gli indirizzi e gli obiettivi dell'azione amministrativa; i dirigenti agire autonomamente per realizzare quegli indirizzi e quegli obiettivi; infine i politici verificare l'attuazione del programma da parte della dirigenza.

Per quanto concerne la categoria in esame, essa, come autorevolmente detto altrove, rappresenta una *fictio iuris*, come pure lo è il mercato che normativamente è stato inventato per innestare in ambito pubblico regole aziendalistiche.

In questo quadro, al dirigente inadempiente, alla stregua del manager privato, è negata la corresponsione della retribuzione di risultato, fino al mancato rinnovo dell'incarico ed alla sua rimozione. La "precarietà" con cui si è voluto ammantare ciò che prima costituiva certezza di inamovibilità, è stata orchestrata scientemente, attraverso la contrattualizzazione del rapporto di lavoro (prima dei dirigenti di base e poi anche dell'alta dirigenza) come avviene per gli altri dipendenti. In particolare si è scisso il contratto di lavoro a tempo indeterminato (rapporto di servizio) dal conferimento dell'incarico di funzioni dirigenziali a tempo determinato (rapporto di ufficio).

L'instabilità dell'incarico dovrebbe spingere il dirigente all'efficienza ed alla produttività, oltre che consentire al Governo di giudicarne l'operato, e premiare i migliori. Naturalmente, l'idea di affidare ad un sinallagma l'impresa di equiparare il dirigente pubblico a quello privato, non è **stata in grado di emancipare la dirigenza dalla politica, discendendo lo stretto legame dagli** articoli 1 e 97 della Costituzione.

Passando al piano pratico, la politica ha il compito di indirizzare e di controllare l'attività di amministrazione concreta che viene svolta in autonomia dalla dirigenza. Autonomia che viene compensata dall'influenza che mantiene la politica in ordine alla scelta e alla nomina degli alti dirigenti.

Per quanto riguarda gli incarichi ai dirigenti di livello inferiore, saranno i dirigenti apicali a conferirli, secondo le direttive ed i criteri per essi adottati dagli organi politici e garantendo a questi ultimi il potere d'influenza sulla nomina di tutti i dirigenti.

Il sistema prospettato dimostra in maniera alquanto evidente le possibilità di

invasione della sfera tecnica da parte del ceto politico, con violazione del principio di distinzione tra politica e amministrazione.

Ne è un esempio paradigmatico la legge n. 145/2002, anche se è impossibile escludere un collegamento tra la politica e l'amministrazione.

Volgendo lo sguardo al passato, la distinzione tra politica e amministrazione è stata accolta nella nostra legislazione con la legge n. 142/1990 di riforma dell'apparato pubblico locale, ma la presenza di un continuum tra entrambe ha precisi addentellati nella Costituzione, da cui la si poteva inferire senza necessità di esplicitazione. Il primo dictat costituzionale, «rilevante nel ragionare sulla disciplina della dirigenza pubblica, è un principio che connota la missione delle amministrazioni pubbliche», ovvero il “buon andamento”. Il “buon andamento” consiste nel dovere delle Amministrazioni Pubbliche di garantire e attuare i diritti fondamentali dei cittadini, contenuti nella prima parte della Costituzione.

Più precisamente, la realizzazione e l'attuazione di questi diritti è compito delle istituzioni che, a mezzo delle singole amministrazioni, approntano i mezzi all'uopo necessari, ed i requisiti della efficienza, efficacia e produttività sono necessari affinché l'apparato amministrativo soddisfi pienamente i bisogni dei cittadini/utenti, ovvero i loro diritti fondamentali. Per tale motivo, si può affermare che le Amministrazioni Pubbliche sono al servizio dei cittadini e non del ceto politico.

Il secondo principio è quello democratico: secondo l'articolo 1 della Costituzione «la sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione». La “forma” che qui interessa è quella “indiretta”, attraverso cui i cittadini eleggono propri rappresentanti in tutte le istituzioni, approvando un programma politico.

La combinazione di questi due principi, con cui si tende a dimostrare il difficile rapporto tra politica ed amministrazione, costrette a convivere nella difficoltà di delimitare gli spazi di manovra, è la seguente: l'amministrazione deve garantire al cittadino/utente di soddisfarsi, ma le modalità e gli strumenti a ciò destinati vengono decisi dal ceto politico, a sua volta scelto dagli stessi cittadini.

Il terzo principio, utile a disegnare la mappa delle intersezioni tra politica e dirigenza, è quello di imparzialità, ragione per cui la Costituzione afferma che le Pubbliche Amministrazioni e i loro dirigenti e dipendenti sono al servizio

esclusivo della Nazione.

Le intersezioni sono, quindi, inevitabili, ed emergono in tutta la loro problematicità nella materia degli incarichi dirigenziali, oltre che nei circuiti di responsabilità che dovrebbero essere il viatico per l'efficienza che – in ultima analisi – non è la prevalenza dell'output sull'input, ma il raggiungimento del soddisfacimento dei bisogni dei cittadini.

Ora, occorre chiedersi se negli ultimi interventi risulti rispettato il principio fondamentale della distinzione tra indirizzo e gestione, oppure se non sia ancora la politica a gestire la res publica. A ciò bisogna aggiungere la riflessione in merito alla contrattazione collettiva, cioè se vi operino dinamiche assimilabili a quelle del settore privato, ove prevale la logica conflittuale e della distinzione dei ruoli (caratteristica di un assetto in cui risalta la contrapposizione tra esigenze dei datori di lavoro e dei lavoratori). Senza contare che il decreto legislativo n. 165/2001, prevede «l'adozione di un modello unico di rapporto di lavoro dirigenziale – di cui appunto i caratteri dominanti sono la contrattualità e il principio di temporaneità degli incarichi dirigenziali – ritenuto eccessivamente riduttivo e non adattabile alle molteplici esigenze delle moderne amministrazioni. Non s'è tenuto conto delle differenti funzioni del tipo di amministrazione (d'ordine, di finanza, di servizi) in cui è inserito il dirigente, né dei compiti e delle funzioni che egli deve svolgere in concreto (esercizio di potestà pubbliche, di gestione delle risorse umane e di controllo).

Con la conseguenza che l'efficacia del modello unico varierebbe proprio a seconda del contesto in cui è applicato». E di ciò è stato cosciente il legislatore che, nella legge n. 15/2009, ha tenuto nella debita considerazione la riforma del Titolo V della Costituzione. L'articolo 2, infatti, contempla il coinvolgimento delle Regioni nella predisposizione dei decreti delegati che oscilla dalla “previa intesa” al “previo parere” sui contenuti della legislazione delegata e che nei primi commentatori ha destato condivisibili perplessità.

Aldilà della necessità di tenere distinti gli ambiti della politica dall'amministrazione per motivi etici, appare arduo farlo quando la quæstio investe gli enti locali, ove le sfere sono intimamente connesse. Vi sono poi le figure dirigenziali rimaste in regime pubblicistico: qui, alla stregua dell'articolo 72 del decreto legislativo n. 165/2001, non opera il principio di distinzione tra indirizzo e ge-

stione di cui all'articolo 4 del medesimo decreto, ma permane la più timida versione dei rapporti tra organi di governo e dirigenza risultante dal decreto del Presidente della Repubblica n. 748/1972.

Il mantenimento di tale status quo è **stato forse** determinato soprattutto da ragioni d'ordine politico e corporativo che hanno prevalso sulle esigenze di funzionalità o di adeguamento del modello della dirigenza manageriale alle specifiche caratteristiche delle amministrazioni autoritative.

Volendo valutare l'attuazione del principio di distinzione all'interno del decreto legislativo n. 165/2001, se vi è evidentemente il suo inserimento, non può al contempo disconoscersi la presenza di un forte nesso strutturale tra organi politici e dirigenti: assicurando alla politica un notevole potere discrezionale in ordine alla individuazione dei dirigenti da proporre ai vari incarichi.

A consolazione vi è da dire che l'apparente contraddizione discende dalle norme costituzionali che fanno da fondamento al principio della distinzione della politica dalla dirigenza, ovvero il principio democratico e quello di responsabilità politica.

In virtù del principio summenzionato «politica e amministrazione hanno canali di legittimazione differenti: la prima, la sovranità popolare e il mercato elettorale; la seconda, la professionalità, quale preconditione di invero del principio di imparzialità. La conseguenza è che, nell'ambito del settore pubblico, è “difficile utilizzare le categorie concettuali che si utilizzano nel lavoro privato per caratterizzare il dirigente rispetto all'imprenditore”. Il che comporta che “nel pubblico, il dirigente non è affatto ‘l'alter ego’ del politico”; egli “lavora per la collettività e ad essa risponde dei risultati conseguiti, secondo un'estensione del principio democratico”. Semmai, il problema è stato quello della persistenza di lacune e distonie normative tali da impedire la concreta realizzazione di tale equilibrio e che hanno enfatizzato il peso della politica rispetto all'autonomia dirigenziale», e, dunque, «la vera questione sta nell'accertare se la realtà corrisponda alla costruzione normativa del dirigente pubblico come “protagonista dialettico del modello imprenditoriale”».

Che non sia così lo dimostra l'urgenza con cui l'attuale Governo ha varato una riforma a tutto campo della materia, sotto l'egida dell'efficienza.

## 5.2. ... nella legge n. 15/2009.

La legge delega n. 15/2009 appare alquanto generica con riguardo alle relazioni tra politica e amministrazione sia sotto il profilo funzionale sia sotto quello strutturale. L'articolo 6, al comma 1, si limita ad affermare che «l'esercizio della delega nella materia di cui al presente articolo è finalizzato a modificare la disciplina della dirigenza pubblica», tra l'altro, «al fine di rafforzare il principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza, nel rispetto della giurisprudenza costituzionale in materia, regolando il rapporto tra organi di vertice e dirigenti titolari di incarichi apicali in modo da garantire la piena e coerente attuazione dell'indirizzo politico degli organi di governo in ambito amministrativo».

Una volta esplicitato l'obiettivo perseguito, la disposizione enumera, al comma 2, i principi e i criteri direttivi a cui dovrebbe attenersi il Governo. Qui si coglie come essi prevalentemente contengano incentivi positivi e negativi (e cioè misure premiali e afflittive) volti a spingere i dirigenti ad utilizzare effettivamente i poteri di gestione del personale di cui formalmente già dispongono. Infatti, la disposizione, nella parte relativa ai principi e criteri direttivi di esercizio della delega, contiene l'indicazione, di indubbio pregio: «affermare la piena autonomia e responsabilità del dirigente, in qualità di soggetto che esercita i poteri del datore di lavoro pubblico, nella gestione delle risorse umane [...]».

L'intento che emerge, più che l'esigenza di tenere distinti gli ambiti, è la necessità di risolvere il problema dell'inefficienza delle risorse pubbliche e tra queste quelle costituite dai dipendenti "fannulloni". Per tale motivo, l'emancipazione della dirigenza dalla politica è il risultato indotto dal rafforzamento dei poteri datoriali.

La descrizione dei poteri del dirigente pubblico viene tratteggiata (nell'elenco è evidente il solo richiamo ai poteri gestionali) nell'articolo 6 della legge delega n. 15/2009, che ne contiene i principi e i criteri. La norma, al comma 1, chiarisce che nel perseguire l'obiettivo dell'efficienza, verranno utilizzati «[...] anche i criteri di gestione e di valutazione del settore privato»; e «il principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza», che, però – conti-

nua – deve essere applicato «nel rispetto della giurisprudenza costituzionale in materia, regolando il rapporto tra organi di vertice e dirigenti titolari di incarichi apicali in modo da garantire la piena e coerente attuazione dell'indirizzo politico degli organi di governo in ambito amministrativo». Quest'ultima frase fa presumere la volontà di sfruttare al massimo lo spazio lasciato aperto dal giudice delle leggi per rafforzare il legame “fiduciario” fra top management e vertice politico.

Per tale motivo, riteniamo utile descrivere l'articolo che nella legge n. 15/2009 si occupa del dirigente, in qualità di datore di lavoro. In particolare, la lettera a dell'articolo 6, annovera tra le direttive da seguire per il legislatore delegato, quella di «affermare la piena autonomia e responsabilità del dirigente [...] nella gestione delle risorse umane, attraverso il riconoscimento in capo allo stesso della competenza con particolare riferimento ai seguenti ambiti: 1) individuazione dei profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti istituzionali dell'ufficio al quale è preposto; 2) valutazione del personale e conseguente riconoscimento degli incentivi alla produttività; 3) utilizzo dell'istituto della mobilità individuale di cui all'articolo 30 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, secondo criteri oggettivi finalizzati ad assicurare la trasparenza delle scelte operate».

Ad una prima lettura, il raggio d'azione del dirigente appare rafforzato, tuttavia non può sfuggire il particolare che il potere di cui si dota il soggetto entra in collisione con l'area riservata alla competenza degli atti di macroorganizzazione, contemplati nel comma 1 dell'articolo 2, decreto legislativo n. 165/2001 e nell'ambito dei quali rientra, appunto, la determinazione delle dotazioni organiche complessive.

Quello appena espresso rappresenterebbe un limite strutturale all'esercizio dei poteri, tuttavia, dal punto di vista concreto, occorre tenere ben presente che il dirigente pubblico deve rispettare nel suo operato i vincoli della finanza pubblica ed allo stato attuale appare improbabile che egli possa liberamente scegliere le dotazioni organiche.

Secondo una lettura sistematica dell'impianto della legge, il contenuto del n. 1 della lettera a avrebbe l'effetto di liberare il dirigente dai condizionamenti che provengono, secondo il quadro normativo vigente, dai poteri spettanti

agli organi di governo di stabilire l'ordinamento degli uffici e la provvista del personale (compresi i dirigenti di base) che dipendono dai dirigenti incaricati di funzioni dirigenziali di livello generale. Quanto al profilo strutturale dei rapporti tra politica e amministrazione, e quindi tra organi di governo e dirigenti, sempre l'articolo 6, al comma 2, lettera h, affida al Governo il compito di **«ridefinire i criteri di conferimento, mutamento o revoca degli incarichi dirigenziali**, adeguando la relativa disciplina ai principi di trasparenza e pubblicità ed ai principi desumibili anche dalla giurisprudenza costituzionale e delle giurisdizioni superiori, escludendo la conferma dell'incarico dirigenziale ricoperto in caso di mancato raggiungimento dei risultati valutati sulla base dei criteri e degli obiettivi indicati al momento del conferimento dell'incarico, secondo i sistemi di valutazione adottati nell'amministrazione, e ridefinire, altresì, la disciplina relativa al conferimento degli incarichi ai soggetti estranei alla pubblica amministrazione e ai dirigenti non appartenenti ai ruoli, prevedendo comunque la riduzione, rispetto a quanto previsto dalla normativa vigente, delle quote percentuali di dotazione organica entro cui è possibile il conferimento degli incarichi medesimi».

Come ha dimostrato il decreto di attuazione, la delega conferita al Governo per riformare la Pubblica Amministrazione è tale da permettere una totale riscrittura del vigente regime. Un limite interno, statuito espressamente, è l'obbligo per il legislatore delegato di adeguarsi ai principi «desumibili anche dalla giurisprudenza costituzionale e dalle giurisdizioni superiori», sebbene la mancata indicazione in concreto di detti principi lasci comunque al Governo ampia discrezionalità nel selezionarli. Vi è da dire, per quanto concerne i poteri del ceto politico sui dirigenti, che l'esclusione della conferma dell'incarico ricoperto in caso di mancato raggiungimento dei risultati è già sancita dall'articolo 21 del decreto legislativo n. 165/2001. Invero, secondo autorevoli interpreti, la previsione, «ovvia e coesistente alla figura del dirigente pubblico-manager, la cui prestazione è in primis orientata al risultato» fa sorgere il dubbio che il bisogno del legislatore di riaffermarla discende dal fatto che la realtà effettuale procede in direzione del tutto contraria rispetto al sistema formale. Appare “emblematico” quanto previsto dalla lettera m, del comma 2, dello stesso articolo 6, che contiene principi e criteri direttivi estremamente vaghi, secondo cui il legisla-

tore delegato dovrà «rivedere la disciplina delle incompatibilità per i dirigenti pubblici e rafforzarne l'autonomia rispetto alle organizzazioni rappresentative dei lavoratori e all'autorità politica».

La disposizione affronta tre diverse problematiche.

La disciplina delle incompatibilità della dirigenza attiene alla garanzia della funzione pubblica e dovrebbe realizzare i presupposti perché l'operato del dirigente sia neutrale e disinteressato e quindi non sia sviato o influenzato da interessi diversi da quello pubblico all'imparzialità e al buon andamento.

L'autonomia della dirigenza nei confronti dell'autorità politica, come s'è visto finora, riguarda l'aspetto delle reciproche relazioni sul piano strutturale e funzionale e può trovare attuazione con un ampio ventaglio di soluzioni. L'autonomia dei dirigenti rispetto ai sindacati dei lavoratori, al contrario, dipende soprattutto dall'assunzione di comportamenti coerenti in questa direzione, più che dall'intervento normativo.

### **5.3. ... e dal decreto legislativo n. 150/2009 fino all'Accordo del 4 maggio 2012**

Nel decreto di attuazione, prima di analizzare il Capo che nel Titolo IV è espressamente dedicato alla dirigenza, vi sono una serie di norme che riportano l'influenza della politica sulla dirigenza. Le disposizioni a cui ci si riferisce sono relative agli strumenti approntati dal decreto per rilanciare la macchina statale.

In esse, più che altrove, vi è la conferma che parlare di un datore di lavoro è una mera finzione giuridica: il dirigente/datore è allo stesso tempo un dipendente della Pubblica Amministrazione, come dimostra il contratto a tempo indeterminato che lo avvince allo Stato. Le previsioni in commento sono le medesime già affrontate nel paragrafo relativo al trattamento economico del dirigente.

L'articolo 12, ad esempio, che descrive i soggetti attivi della valutazione, riporta alle lettere a, b e c, organismi di composizione politica. Così è per la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle Amministrazioni Pubbliche di cui all'articolo 13, comma 3, del decreto legislativo n. 150/2009; per l'organismo indipendente di valutazione della performance di cui all'articolo 14, comma 3, del medesimo decreto legislativo.

Infine, nemmeno a dire, altro organo di valutazione è quello di indirizzo politico-amministrativo di

ciascuna amministrazione.

La scelta, almeno a stare alle dichiarazioni del legislatore, è l'interpretazione da parte di detti organismi dei bisogni dei cittadini/utenti; interpretazione che in forza del principio democratico (articolo 1 della Costituzione) spetta ai rappresentanti scelti dal popolo. Non staremo ad affrontare in questa sede il nodo degli incarichi dirigenziali, vera testata d'angolo per quanto riguarda la materia dell'indipendenza della dirigenza dalla politica. Tuttavia, per motivi di completezza di ragionamento, è opportuno rimarcare l'importanza dello strumento del conferimento degli incarichi, legato anch'esso al sistema di valutazione e quindi al giudizio dei soggetti descritti poc'anzi.

Passando al Capo dedicato alla dirigenza, si fa menzione dei relativi spazi di manovra nell'articolo 37, rubricato Oggetto, ambito di applicazione e finalità che stabilisce «Le disposizioni del presente capo modificano la disciplina della dirigenza pubblica per conseguire la migliore organizzazione del lavoro e assicurare il progressivo miglioramento della qualità delle prestazioni erogate al pubblico, utilizzando anche i criteri di gestione e di valutazione del settore privato, al fine di realizzare adeguati livelli di produttività del lavoro pubblico, di favorire il riconoscimento di meriti e demeriti, e di rafforzare il principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza, nel rispetto della giurisprudenza costituzionale in materia, regolando il rapporto tra organi di vertice e dirigenti titolari di incarichi apicali in modo da garantire la piena e coerente attuazione dell'indirizzo politico in ambito amministrativo».

Al di là degli intenti programmatici, l'emancipazione della dirigenza dalla politica viene ricercata attraverso la ricerca di un tecnicismo pressante, tale da spersonalizzare la scelta dei soggetti che andranno a ricoprire posizioni dirigenziali.

Dunque, il peso della politica opera nella scelta del soggetto e nel momento della valutazione del suo operato. Apparentemente non si assiste ad alcuna grande manovra di emancipazione. La novità, come lo stesso impianto del decreto mostra è negli strumenti, ancorati a criteri matematici, improntati alla

massima trasparenza ed applicati sia nel conferimento degli incarichi che nella corresponsione della retribuzione di risultato, o al massimo nella mancata applicazione delle sanzioni previste dal nuovo articolo 21 del decreto legislativo n. 165/2001 (come modificato dall'articolo 41 del decreto legislativo n. 150/2009) in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi. La centralità del momento della valutazione, emerge proprio nell'ottica di salvare il principio di distinzione tra politica e amministrazione nella disciplina della dirigenza pubblica. Ed in questo assume importanza fondamentale l'organismo previsto dall'articolo 13 del decreto legislativo n. 150/2009, che attua l'articolo 4, comma 2, della legge n. 15/2009.

La legge delega, infatti, pur non avendo previsto la costituzione di una "authority" con pieni poteri di sovrintendere e controllare le modalità con cui le singole amministrazioni attueranno i sistemi di valutazione, opta per una buona *second best*. Si prevede, infatti, all'interno dell'Aran, anch'essa riformata, la costituzione della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle Amministrazioni Pubbliche, la cui indipendenza ed autonomia è garantita dalla modalità bipartisan di nomina dei suoi membri.

Il comma 3 dell'articolo 13 prevede espressamente che «la Commissione è organo collegiale composto da cinque componenti scelti tra esperti di elevata professionalità, anche estranei all'amministrazione con comprovate competenze in Italia e all'estero, sia nel settore pubblico che in quello privato in tema di servizi pubblici, management, misurazione della performance, nonché di gestione e valutazione del personale. I componenti sono nominati, tenuto conto del principio delle pari opportunità di genere, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la Pubblica Amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro per l'attuazione del programma di Governo, previo parere favorevole delle Commissioni parlamentari competenti espresso a maggioranza dei due terzi dei componenti. I componenti della Commissione non possono essere scelti tra persone che rivestono incarichi pubblici elettivi o cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali o che abbiano rivestito tali incarichi e cariche nei tre anni precedenti la nomina e, in ogni caso, non devono avere interessi di qualsiasi natura in conflitto con le funzioni della Commissione. I componenti

sono nominati per un periodo di sei anni e possono essere confermati una sola volta. In occasione della prima seduta, convocata dal componente più anziano di età, i componenti eleggono nel loro ambito il Presidente della Commissione. All'atto dell'accettazione della nomina, se dipendenti da Pubblica Amministrazione o magistrati in attività di servizio sono collocati fuori ruolo e il posto corrispondente nella dotazione organica dell'amministrazione di appartenenza è reso indisponibile per tutta la durata del mandato; se professori universitari, sono collocati in aspettativa senza assegni».

Dalla lettura della norma si evince l'intenzione di fare della Commissione non solo il baluardo della valutazione, ma della spersonalizzazione dei meccanismi stessi della valutazione. Il motivo è alquanto evidente. I meccanismi per valutare l'operato delle Pubbliche Amministrazioni esistono nella nostra legislazione da più di dieci anni, ma sono rimasti lettera morta o meglio sono stati travisati, resi autoreferenziali e dunque politicamente governabili.

La ricerca con la legge delega e con il decreto di attuazione di quasi esternalizzare i processi di valutazione non rappresenta solo la garanzia di emancipazione della dirigenza dalla politica ma la stessa possibilità per quest'ultima di valutare l'operato dei dirigenti alla luce di criteri orientati alla customer's satisfaction.

Esigenze tutte frustrate dal nuovo Accordo che oltre alla preoccupazione di definire i poteri della dirigenza, non affronta il tema degli incarichi.

In pratica, dopo la Brunetta, la stasi più che concettuale è stata fattuale. Cioè determinata dalla impossibilità di attuare i meccanismi valutativi e premiali.

Ferma la natura del conferimento dell'incarico, non si rilevano fenomeni degni di nota e che non siano legati alla impossibilità di corrispondere la retribuzione variabile, negli ultimi anni.

---

## **Bibliografia**

G. D'ALESSIO, *Politica e amministrazione fra norme e realtà*, in F. MERLONI, A. PIOGGIA, R. SEGATORI (a cura di), *L'amministrazione sta cambiando?*, Giuffrè, Milano, 2007, 73 ss.; G. D'ALESSIO, *La dirigenza: imparzialità amministrativa e rapporto di fiducia con il datore di lavoro*, in LPA, 2007, 349 ss.; C. D'ORTA, *La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione fra politica e amministrazione?*, in RTDP, 1994, 151 ss.; M. RUSCIANO, *Utenti senza garanti*, in LD, 1996, 39 ss.; C. D'Orta, *La nuova disciplina della dirigenza pubblica alla prova dei fatti: una attuazione strabica*, in LPA, 2001, I, 103 ss.; C. D'ORTA, *Politica*

e amministrazione, in F.CARINCI, L.ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit.; C. D'ORTA, *I dirigenti pubblici: custodi della legalità o managers?*, in LPA, 2005, 1027 ss.; M.G. GAROFALO, *La dirigenza pubblica rivisitata*, in LPA, 2002, I, 873 ss.; M.G. GAROFALO, *I dirigenti pubblici tra controllo politico e autonomia professionale*, in QG, 2003, n. 5, 937 ss.; M. ESPOSITO, *La responsabilità dirigenziale: il buon andamento dei pubblici uffici tra politica e amministrazione*, in QDLRI, 2009.



# 6

## Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici

di Nicola Petracca e Ferruccio Pezzulla

### 6.1. Aspetti introduttivi

La parte normativa sul sistema disciplinare e sull'assetto delle responsabilità dei pubblici dipendenti è stata profondamente riscritta dalle norme del Capo IV del D.Lgs. n. 150/2009.

L'intervento di riforma è stato particolarmente significativo: il legislatore ha provveduto a tipizzare determinate infrazioni disciplinari e le relative sanzioni, eliminando ogni discrezionalità della pubblica amministrazione, tanto nell'esercizio dell'azione disciplinare, quanto nella successiva fase di comminazione della sanzione, nonché in relazione alla scelta della sanzione da applicare.

Sono state, altresì, introdotte delle norme volte a regolare la competenza tra i vari organismi preposti all'esercizio dell'azione disciplinare all'interno di ogni singolo ufficio, a fissare dei termini che scandiscono l'intera fase disciplinare ed infine dei meccanismi di responsabilità dei dirigenti, al fine di reprimere e combattere fenomeni di inerzia.

Il legislatore ha voluto rendere noti all'interno dell'art. 67 del medesimo decreto i principi che hanno ispirato, quanto meno nelle intenzioni, la riforma:

- potenziamento dei livelli di efficienza degli uffici pubblici;
- realizzazione di un'azione di contrasto contro i fenomeni di scarsa produttività ed assenteismo.

## 6.2. La nuova disciplina dell'art. 55 Decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165

Il vecchio assetto era regolamentato dall'articolo 55 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n.165, secondo quanto già previsto dal decreto legislativo 31 marzo 1998 n.80 (la così detta "seconda privatizzazione"), che conteneva i principi fondamentali dell'istituto disciplinare modellandolo in sostanziale conformità alla materia disciplinare del rapporto di lavoro privato (richiama gli artt. 2106 c.c. e art. 7 legge 20 maggio 1970 n.300) e demandava alla fonte collettiva la definizione della tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni. In altre parole, veniva sancita la piena devoluzione alla fonte pattizia della regolamentazione sostanziale della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico.

L'art. 68 del decreto legislativo riscrive integralmente l'art. 55 del Testo Unico sul Pubblico Impiego, che disciplina il regime di responsabilità dei dipendenti pubblici e le relative sanzioni disciplinari.

La nuova versione dell'art. 55 prevede, al comma 1, l'inderogabilità delle norme in materia di sanzioni disciplinari e responsabilità del personale.

Secondo la norma, gli articoli da 55 a 55 octies del Testo Unico sul Pubblico Impiego costituiscono norme imperative ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, comma secondo e non sono, pertanto, derogabili da parte della contrattazione collettiva o individuale. Le eventuali pattuizioni difformi da esse sono nulle.

La riforma, pertanto, riconosce un ruolo primario alla fonte normativa anche con riferimento ai profili sostanziali della responsabilità disciplinare. Il legislatore, nel perseguire le finalità indicate all'interno dell'art. 68, interviene sia sul fronte procedurale e organizzativo, con l'obiettivo di semplificare l'esercizio del potere disciplinare, sia su quello sostanziale, introducendo ex lege alcune specifiche tipologie di infrazioni disciplinari volte a reprimere condotte dannose per il buon andamento dell'amministrazione sia direttamente (quali lo scarso rendimento o le falsificazioni in materia di giustificazione delle assenze dal lavoro) che indirettamente (quali il mancato esercizio del potere disciplinare da parte dei soggetti responsabili). Vengono, altresì, introdotte delle norme che coinvolgono in maniera alquanto dilatata la correttezza e la regolarità dell'organizzazione amministrativa, quali le norme sui controlli delle assenze (articolo 55 septies), sulla permanente inidoneità psicofisica al lavoro (articolo 55 octies),

sulla identificazione del personale a contatto con il pubblico (articolo 55 novies). Viene, conseguentemente, meno ogni riferimento alle garanzie procedurali di cui all'articolo 7 della legge 20 maggio 1970 n.300, optando il legislatore per una compiuta disciplina di settore del procedimento disciplinare nell'ambito del lavoro pubblico.

Venendo nello specifico alle previsioni contenute nei singoli commi dell'art. 55 si registra una significativa innovazione modellata prendendo le mosse dall'art. 7 legge, n. 300 del 20 maggio 1970 che, come noto, tra le varie previsioni, pone in capo al datore di lavoro l'obbligo di portare a conoscenza dei lavoratori tutte le norme disciplinari, mediante l'affissione del codice disciplinare in un luogo visibile a tutti i lavoratori.

Il nuovo art. 55, al comma 2, infatti, introduce la possibilità per la pubblica amministrazione di adempiere questo obbligo mediante la pubblicazione sul proprio sito istituzionale del codice disciplinare, recante l'indicazione delle infrazioni e delle relative sanzioni; la norma prevede espressamente, infatti, che la pubblicazione equivale a tutti gli effetti all'affissione del codice all'ingresso di lavoro.

In questo modo, la pubblicazione del codice sul sito Internet viene equiparata completamente all'affissione sul luogo di lavoro.

Il comma 3, prevede che la contrattazione collettiva non possa istituire procedure di impugnazione dei provvedimenti disciplinari. Anche tale previsione risulta, invero, una specificazione di quanto previsto dal comma 1 dell'art. 55, sancisce la natura imperativa e inderogabile delle nuove norme, ne consegue che le eventuali disposizioni collettive che introducessero delle procedure di impugnazione dei provvedimenti disciplinari dovrebbero considerarsi nulle e inefficaci.

Il terzo e quarto comma del nuovo art. 55 del Testo Unico, come introdotto dall'art. 66 del decreto Brunetta, affrontano il tema delle procedure di conciliazione, anch'esse di matrice esclusivamente privatistica.

In linea generale, per il pubblico impiego, tale procedura era già disciplinata dal d.lgs. n. 165/2001, che prevedeva la possibilità per il dipendente, nel caso in cui i contratti collettivi non contemplassero procedure di conciliazione, di ricorrere dinanzi al collegio arbitrale di disciplina dell'amministrazione presso

cui svolgeva la propria prestazione lavorativa, entro venti giorni dall'applicazione della sanzione. Il ricorso era esperibile anche per mezzo di un procuratore o dell'associazione sindacale cui il dipendente aderiva o conferiva mandato.

Secondo la nuova disciplina, residua per la contrattazione collettiva la facoltà di istituire procedure di conciliazione solo ed esclusivamente in presenza di ben determinati e concorrenti presupposti:

- che le procedure non abbiano carattere obbligatorio;
- che si verta in ipotesi in cui non è prevista la sanzione disciplinare del licenziamento;
- che la procedura inizi e si concluda entro un termine non superiore a trenta giorni dalla contestazione dell'addebito e comunque prima dell'irrogazione della sanzione.

La sanzione concordemente determinata all'esito della procedura conciliativa, in ogni caso, non potrà essere di specie diversa da quella prevista dalla legge o dal contratto collettivo per l'infrazione per cui si procede; questo significa che in sede conciliativa le parti potranno accordarsi circa la dimensione quantitativa della sanzione disciplinare (es. durata della sospensione che dovrà essere comminata) mentre non potranno applicare ad un illecito disciplinare una sanzione diversa da quella prevista dal contratto collettivo (es. multa in luogo della sospensione disciplinare). La sanzione determinata all'esito della procedura disciplinare non è soggetta ad impugnazione. Nelle more della procedura i termini del procedimento disciplinare restano sospesi, e riprendono a decorrere nel caso in cui la procedura conciliativa si concluda con esito negativo.

E' vietata, invece, l'impugnazione di sanzioni disciplinari dinanzi ai collegi arbitrali di disciplina, a partire dalla data di entrata in vigore del decreto stesso; le impugnazioni eventualmente proposte in violazione del precetto sono dichiarate nulle dalla norma.

Per quanto riguarda i procedimenti di impugnazione di sanzioni disciplinari pendenti dinanzi ai predetti collegi alla data di entrata in vigore del decreto, la norma prevede l'obbligo della loro definizione entro il termine di trenta giorni dalla predetta data, a pena di nullità degli atti del procedimento.

### 6.3. Il procedimento disciplinare

a) la competenza; b) la contestazione; c) l'istruttoria; d) applicazione della sanzione; e) i termini; f) l'esercizio del potere disciplinare in caso di trasferimento o cessazione del rapporto di lavoro

#### Competenza

La legge individua la competenza e le fasi essenziali del procedimento disciplinare (contestazione, audizione a difesa, istruttoria, irrogazione della sanzione, termini). L'unica deroga alla disciplina legale da parte dei contratti collettivi è ammessa per il procedimento relativo all'infrazione meno grave del rimprovero verbale, cui "si applica la disciplina stabilita dal contratto collettivo".

L'articolo 55 bis, comma 1, detta due criteri di individuazione del soggetto titolare del potere disciplinare all'interno della P.A., uno di carattere oggettivo, a seconda della gravità dell'infrazione; ed uno di carattere soggettivo, riguardante la qualifica lavorativa del c.d. "capo struttura". Infatti, per le infrazioni per le quali è prevista l'irrogazione di sanzioni superiori al rimprovero verbale ed inferiori alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni è competente "il responsabile, con qualifica dirigenziale, della struttura in cui il dipendente lavora". Se il responsabile della struttura non possiede la qualifica dirigenziale "il procedimento disciplinare si svolge secondo le disposizioni del comma 4", quindi ad opera dell'ufficio competente per i procedimenti disciplinari (u.p.d.), come si vedrà.

Diversamente, per le infrazioni per le quali sono previste le sanzioni più gravi (dalla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni al licenziamento senza preavviso, ivi comprese, le sanzioni conservative legali introdotte dal legislatore delegato che si vedranno più avanti) è in ogni caso competente l'u.p.d.

In base alla competenza, se del capo struttura con qualifica dirigenziale, ovvero dell'u.p.d., sono previste due differenti procedure.

E' utile osservare che il legislatore utilizza il termine "qualifica dirigenziale", e ciò al solo fine di ricomprendere tra i soggetti competenti all'azione disciplinare anche coloro che si trovano in tale status solo a tempo determinato e quindi non appartenenti ai ruoli della pubblica amministrazione, ovvero siano

formalmente investiti della qualifica attraverso l'attribuzione di un incarico dirigenziale.

Quanto all'u.p.d., trattasi di un apposito e specializzato ufficio da individuarsi a cura di ciascuna amministrazione, secondo il proprio ordinamento.

Nell'ipotesi di competenza del capo struttura con qualifica dirigenziale, il responsabile, quando viene a conoscenza di un comportamento avente rilevanza disciplinare, deve contestare l'addebito per iscritto al lavoratore, entro dieci giorni. Il termine per la contestazione dell'addebito decorre dalla data in cui il dirigente ha avuto notizia del comportamento rilevante sul piano disciplinare. Il responsabile non è esentato dall'esercizio dell'azione disciplinare anche nel caso in cui il dipendente svolga la propria attività presso la struttura in regime di comando o fuori ruolo.

Se è competente l'u.p.d., il responsabile della struttura in cui il dipendente lavora "entro cinque giorni dalla notizia del fatto" provvede alla trasmissione degli atti all'u.p.d., "dandone contestuale comunicazione all'interessato". Si fa presente che tale termine di cinque giorni per la segnalazione all'u.p.d. è l'unico termine non perentorio e pertanto il mancato rispetto, non importa decadenza dall'azione disciplinare. Ciò nondimeno il responsabile della struttura conserva comunque l'obbligo di trasmettere con la massima sollecitudine e tempestività gli atti all'u.p.d., dal momento che tale fase di trattazione degli atti da parte del responsabile della struttura, prima della trasmissione all'u.p.d., si deve comunque computare nel termine complessivo di conclusione del procedimento.

Una volta avviato il procedimento disciplinare, la contestazione dell'addebito, nell'ipotesi di competenza del responsabile con qualifica dirigenziale, deve avvenire senza indugio e comunque non oltre venti giorni, "per iscritto"(articolo 55 bis comma 2, prima parte); tale termine decorre da quando il responsabile ha notizia dei comportamenti punibili.

Per quanto concerne i casi di competenza u.p.d. quindi, quest'ultimo deve provvedere alla formale contestazione non oltre il termine di venti giorni, per le sanzioni superiori al rimprovero verbale ed inferiori alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni; tale termine per la contestazione è raddoppiato (quaranta giorni) per le infrazioni per le quali sono previste le sanzioni più gravi (dalla sospensione dal servizio con privazione

della retribuzione per più di dieci giorni al licenziamento senza preavviso) e decorre dalla data di ricezione degli atti trasmessi dal superiore non legittimato all'esercizio dell'azione disciplinare ovvero dalla data nella quale l'ufficio ha altrimenti acquisito notizia dei fatti.

Il legislatore, in tal modo, ha inteso concretizzare in un espresso e ben individuato termine (questa volta perentorio) il requisito dell'immediatezza e tempestività della contestazione, sino alla riforma codificato in senso relativo sia dalla normativa previgente, sia dall'articolo 7 della legge 20 maggio 1970 n.300, e ciò sia con riferimento alla durata dello stesso, sia con riferimento al dies a quo che, nei casi in cui è competente l'u.p.d., è individuabile con certezza nella data di ricezione degli atti mentre, nei casi in cui è competente il responsabile della struttura, decorre da quando lo stesso ha notizia dei comportamenti punibili.

### **Convocazione, difese e istruttoria**

Il dirigente deve convocare il lavoratore per sentire le sue eventuali giustificazioni. La legge disciplina le garanzie sostanziali di svolgimento del contraddittorio quali: l'obbligatorietà della convocazione del lavoratore incolpato; la previsione di un termine a difesa. L'incolpato ha facoltà di farsi assistere da un procuratore, ovvero da un rappresentante sindacale appartenente alle organizzazioni sindacali cui conferisce mandato.

Quale ulteriore garanzia, la legge prevede che l'incolpato possa, ove non intenda presentarsi all'audizione, rendere delle giustificazioni, inviando una memoria scritta entro il termine fissato per la convocazione.

Solo nell'ipotesi di grave ed oggettivo impedimento, il lavoratore può formulare una motivata istanza di rinvio del termine per l'esercizio della sua difesa. In ogni caso, il differimento del termine può essere richiesto e concesso una sola volta.

Il comma 6 dell' art. 55 bis prevede che nel corso dell'istruttoria, il capo della struttura o l'ufficio per i procedimenti disciplinari possano acquisire da altre amministrazioni pubbliche informazioni o documenti rilevanti per la definizione del procedimento.

La norma precisa che in nessun caso lo svolgimento dell'istruttoria può determinare la sospensione del procedimento né il differimento dei relativi termini.

Deve essere menzionata anche la previsione di cui al comma 7, dell'art. 55 bis nuovo testo del D.Lgs. n. 165/2001: la disposizione pone in capo, tanto al dipendente, quanto al dirigente appartenenti alla medesima amministrazione dell'incollato, un obbligo di leale collaborazione.

La norma obbliga il lavoratore dipendente o il dirigente pubblico, anche se appartenenti ad amministrazioni diverse, a comunicare tutte le informazioni rilevanti per il procedimento disciplinare di cui sia in possesso per ragioni di ufficio o di servizio.

Se il lavoratore rifiuta, senza giustificato motivo, la collaborazione richiesta dall'autorità disciplinare procedente, oppure se rende dichiarazioni false o reticenti, è soggetto all'applicazione, da parte dell'amministrazione di appartenenza, della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, commisurata alla gravità dell'illecito contestato al dipendente, fino ad un massimo di quindici giorni.

La sanzione per la mancata collaborazione o per le false o reticenti dichiarazioni viene quindi tipizzata, nel senso che dovrà necessariamente consistere in una sospensione; solo la durata potrà variare, in ragione della gravità del comportamento del soggetto.

## **Termini**

La legge fissa termini diversi per lo svolgimento e la conclusione della procedura. Le nuove regole procedurali introdotte dalla riforma, infatti, prevedono sia termini endoprocedimentali sia di chiusura del procedimento, qualificandoli per legge come perentori. L'odierna previsione normativa sancisce espressamente che la violazione dei termini "comporta, per l'amministrazione, la decadenza dall'azione disciplinare ovvero, per il dipendente, dall'esercizio del diritto di difesa"; e ciò con riferimento a tutti i termini che scandiscono il procedimento come individuati nei commi 2 e 4 dell'articolo 55 bis del decreto legislativo 30 marzo 2001 n.165.

Ancora una volta il legislatore, nell'intento di semplificare e razionalizzare, ha voluto ricondurre anche tale materia alla fonte legislativa in via esclusiva. L'ultima parte del comma 5 dell'articolo 55 bis, infatti, sancisce che "è esclusa l'applicazione di termini diversi o ulteriori rispetto a quelli stabiliti dalla nor-

ma”, precludendosi così ogni intervento anche futuro da parte della contrattazione collettiva.

Nel caso di procedura regolata dal comma 2 dell’art. 55 bis nuovo testo (infrazioni meno gravi) dopo l’audizione personale del lavoratore, e comunque una volta esperito il termine per lo svolgimento di tale fase, il dirigente può svolgere ulteriore attività istruttoria.

Tuttavia, egli ha un termine massimo entro il quale deve concludersi l’intera procedura: sessanta giorni dalla data di contestazione dell’addebito.

Nel caso di procedura regolata dal comma 4 (infrazioni più gravi o struttura con responsabile privo di qualifica dirigenziale) i termini sono più lunghi della procedura prevista dal comma 2; la norma precede espressamente che i termini sono raddoppiati rispetto a tale procedura.

Inoltre, in questa procedura sono diverse le decorrenze. Il termine per la contestazione dell’addebito (venti giorni) decorre dalla data in cui l’Ufficio competente riceve gli atti trasmessi dal dipendente, o dalla diversa data in cui l’ufficio ha altrimenti acquisito notizia dell’infrazione.

Invece, il termine per la conclusione del procedimento decorre dalla data di prima acquisizione della notizia dell’infrazione, quindi prima della trasmissione degli atti all’Ufficio competente.

## **Decadenze**

Il comma 2 disciplina le conseguenze dello spostamento o della violazione dei termini di svolgimento della procedura.

La norma stabilisce che nel caso in cui il termine di difesa spettante al dipendente sia stato differito per un suo impedimento, il termine per la conclusione del procedimento viene differito, per una durata analoga a quella concessa al dipendente.

La norma regola anche le conseguenze del mancato esercizio entro i termini previsti dei poteri datoriali, da un lato, e del diritto di difesa, dall’altro.

Nel primo caso - mancato esercizio dei poteri nei termini previsti - l’amministrazione decade dalla possibilità di proseguire nell’azione disciplinare; nel secondo caso, il lavoratore decade dalla possibilità di esercitare il diritto di difesa relativamente agli atti per i quali il termine è scaduto.

Nel caso in cui il lavoratore soggetto alla procedura disciplinare sia un dirigente, la legge prevede espressamente l'applicabilità dell'art. 55 bis, comma 4, nuovo testo; l'unica variabile rispetto a tale disciplina riguarda il soggetto titolare del potere di assumere le determinazioni conclusive del procedimento. Tale compito spetta al dirigente generale, o al dirigente titolare di incarico conferito ai sensi dell'art. 19, comma 3, D.Lgs. n. 165/2001.

### **Comunicazioni**

Il comma 6 del nuovo art. 55 bis prevede che ogni comunicazione al dipendente, nell'ambito del procedimento disciplinare, è effettuata tramite posta elettronica certificata, nel caso in cui il dipendente disponga di idonea casella di posta, ovvero tramite consegna a mani.

Per le comunicazioni successive alla contestazione dell'addebito, il dipendente può indicare, altresì, un numero di fax, di cui egli o il suo procuratore abbia la disponibilità.

In alternativa all'uso della posta elettronica certificata o del fax e della consegna a mani, le comunicazioni sono effettuate tramite raccomandata postale con ricevuta di ritorno.

Lo stesso comma sancisce, il diritto del dipendente all'accesso agli atti istruttori del procedimento.

### **Trasferimento del dipendente**

I commi 8 e 9 del nuovo articolo 55 bis disciplinano espressamente la titolarità e la legittimazione del potere disciplinare nei casi di trasferimento del lavoratore o cessazione dal rapporto di lavoro, materia controversa e non disciplinata precedentemente.

La norma in questione prevede che in caso di trasferimento del dipendente, a qualunque titolo, in un'altra amministrazione pubblica, il procedimento disciplinare è avviato o concluso o la sanzione è applicata presso quest'ultima. I termini per la contestazione dell'addebito o per la conclusione del procedimento, in simili ipotesi, ove ancora pendenti, sono interrotti e riprendono a decorrere alla data del trasferimento. Pertanto, sempre che l'amministrazione di provenienza non abbia già determinato lo spirare dei termini del procedimento sanziona-

torio con la conseguente decadenza dell'azione disciplinare (con l'insorgenza delle responsabilità anche disciplinari di cui all'articolo 55 sexies comma 3), il trasferimento comporta il decorso dei nuovi termini per intero presso la nuova amministrazione dalla data del trasferimento.

Il comma 9 regola le conseguenze della procedura disciplinare in caso di dimissioni del dipendente. Se per l'infrazione commessa è prevista la sanzione del licenziamento o se comunque è stata disposta la sospensione cautelare dal servizio, il procedimento disciplinare ha egualmente corso. L'amministrazione dovrà assumere le determinazioni conclusive del procedimento, ai fini degli effetti giuridici non preclusi dalla cessazione del rapporto di lavoro.

### **Forma del provvedimento disciplinare**

Pur non essendo espressamente disciplinato, risulta ormai pacifico che per il pubblico impiego ricorrono gli stessi principi e regole applicati presso i privati datori di lavoro. Il provvedimento con cui deve essere comminata la sanzione deve essere redatto per iscritto ed il datore di lavoro è tenuto a fornire prova della sussistenza dei fatti contestati.

### **6.4. Rapporti tra procedimento disciplinare e procedimento penale**

La disciplina previgente stabiliva che il procedimento disciplinare, per il caso in cui fosse connesso con un procedimento penale, doveva comunque essere portato a conclusione, sebbene rimanesse sospeso fino alla sentenza definitiva. A regola, neolla sostanza, prevedeva la sospensione. Con le nuove previsioni, l'art. 69 del D.Lgs. n. 150/2009 introduce l'art. 55 ter, che disciplina in maniera completamente innovativa la materia. Invero il legislatore ha previsto che il procedimento disciplinare debba continuare anche in pendenza di un procedimento penale.

Tale principio non opera uniformemente, ma varia in relazione alla gravità delle infrazioni oggetto del procedimento disciplinare, a seconda che si tratti di sanzioni di minore o maggiore gravità.

In ipotesi di infrazioni di minore gravità, la sospensione del procedimento disciplinare non è, in ogni caso, ammessa.

Rientrano nella previsione tutte le infrazioni soggette alla procedura discipli-

nare di cui all'art. 55 bis, commi 1 e 2; vale a dire quelle per le quali è prevista l'irrogazione di sanzioni superiori al rimprovero verbale ed inferiori alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni.

Invece, per le sanzioni di maggiore gravità (cioè le infrazioni punibili con sanzioni più gravi della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni) può essere disposta la sospensione del procedimento disciplinare, ma solo alla presenza di determinate condizioni:

- che si verta in casi di particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato al dipendente;
- che l'ufficio, all'esito dell'istruttoria, non disponga di elementi sufficienti per poter provvedere all'irrogazione della sanzione.

Al fine di evitare conseguenze disagiati a carico del lavoratore che, ritenuto responsabile da un punto di vista disciplinare, eventualmente non incorra in responsabilità penalmente rilevanti a conclusione del dibattimento in sede penale, la norma prevede che in caso di assoluzione con sentenza emessa ai sensi dell'art. 530 del codice di procedura penale (il fatto non sussiste, il fatto non costituisce reato, l'imputato non lo ha commesso), l'Autorità competente può riaprire il procedimento disciplinare a richiesta dall'interessato, a pena di decadenza, entro il termine di sei mesi dalla data in cui la sentenza penale diventa irrevocabile.

Una volta riaperto il procedimento disciplinare, l'Ufficio competente non deve necessariamente revocare i provvedimenti adottati; esso può anche limitarsi a modificarli, o addirittura confermarli, qualora i fatti accertati nel corso della procedura e non smentiti dal giudizio penale abbiano comunque una loro residua rilevanza disciplinare.

Nell'ipotesi esattamente opposta, vale a dire il procedimento disciplinare si conclude con l'archiviazione dell'azione, mentre il successivo giudizio penale si conclude con una sentenza irrevocabile di condanna a carico del dipendente, l'Amministrazione è tenuta a riaprire il procedimento disciplinare, per adeguare le determinazioni conclusive del procedimento stesso all'esito del giudizio penale.

L'amministrazione è tenuta a riaprire il procedimento disciplinare anche nel

caso in cui questo si fosse concluso con un provvedimento disciplinare, ma la successiva sentenza penale irrevocabile accerti il compimento di un fatto per il quale doveva applicarsi la sanzione del licenziamento. In questa ipotesi, l'Amministrazione deve riaprire il procedimento e comminare la sanzione adeguata (licenziamento) al fatto accertato dal giudice penale, revocando quella di minore gravità applicata in precedenza.

Il comma 4 dell' art. 55 ter prevede dei termini che devono essere rispettati nelle diverse ipotesi di riapertura o ripresa del procedimento disciplinare.

La norma prevede che il procedimento disciplinare è ripreso (in caso di precedente sospensione) o riaperto (in caso di esito penale che determina la necessità di rivedere i provvedimenti disciplinari adottati in precedenza) entro sessanta giorni dalla comunicazione della sentenza all'amministrazione di appartenenza del lavoratore o - nel secondo caso - dalla presentazione dell'istanza di riapertura.

Il procedimento ripreso o riaperto deve concludersi entro centottanta giorni dalla ripresa o dalla riapertura.

La ripresa o la riapertura avvengono mediante il rinnovo della contestazione dell'addebito da parte dell'autorità disciplinare competente, ed il procedimento prosegue secondo quanto previsto nell'articolo 55-bis.

L'art. 69 introduce l'art. 55 quater all'interno del Testo Unico ed ha previsto la sanzione disciplinare del licenziamento in alcuni casi espressamente elencati, ferma restando l'applicazione delle ipotesi ordinarie di licenziamento, nonché le specifiche previsioni contenute nei CCNL.

Con tale disposizione, il legislatore tipizza alcune infrazioni disciplinari, per le quali, una volta accertate, dovrà obbligatoriamente adottarsi la sanzione del licenziamento disciplinare.

La nuova norma prevede che l'amministrazione deve necessariamente irrogare la sanzione del licenziamento disciplinare nei confronti del dipendente che commetta una delle seguenti infrazioni:

- a) attestati falsamente la sua presenza in servizio mediante una delle seguenti modalità:
  - alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza
  - altre modalità fraudolente

- esibizione di falsa attestazione o certificazione medica;
- b) si assenti senza fornire una valida giustificazione per un periodo superiore a tre giorni anche non continuativi nell'arco di un biennio;
- c) rifiuti, senza valida giustificazione, il trasferimento disposto per motivate esigenze di servizio;
- d) presenti documenti o dichiarazioni false al momento dell'instaurazione del rapporto di lavoro;
- e) assunta nell'ambiente di lavoro condotte reiterate di carattere aggressivo, molesto, ingiurioso, minaccioso ed in ogni caso lesive della dignità altrui;
- f) riporti una condanna penale definitiva per la quale è prevista la sanzione accessoria dell'interdizione perpetua dei pubblici uffici.

Secondo quanto precisato nella relazione di accompagnamento al decreto legislativo, l'elencazione offerta non è da considerarsi un numero chiuso; pertanto, la contrattazione collettiva può prevedere ulteriori ipotesi di sanzioni gravi che legittimino il ricorso al licenziamento disciplinare.

I casi previsti dalle lettere a) (false attestazioni di presenza), d) (documenti e dichiarazioni falsi), e) (condotte aggressive o moleste) ed f) (interdizione pubblici uffici) comportano il licenziamento senza preavviso; per gli altri casi, invece, il licenziamento deve essere comminato nel rispetto del relativo periodo di preavviso.

Il comma 2 del nuovo art. 55 quater introduce un'ulteriore ipotesi di licenziamento disciplinare, destinata a colpire il lavoratore pubblico che fornisca una prestazione inadeguata e insufficiente per un periodo significativo; la disposizione è sicuramente innovativa, in quanto la dottrina e la giurisprudenza hanno a lungo discusso delle caratteristiche che deve assumere lo scarso rendimento per giustificare il licenziamento disciplinare.

Il provvedimento espulsivo deve essere adottato dall'amministrazione quando ricorrono le seguenti condizioni:

- valutazione di insufficiente rendimento della prestazione lavorativa, effettuata secondo le modalità previste dall'amministrazione di appartenenza, per un arco temporale non inferiore al biennio;
- collegamento dell'insufficiente rendimento alla reiterata violazione

degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, come stabiliti dalla legge e dai regolamenti, dal contratto collettivo e individuale, o da atti e provvedimenti dell'amministrazione (compresi i codici di condotta).

### **6.5. Condotte pregiudizievoli per l'amministrazione.**

L'art. 55 sexies individua distinte ipotesi di responsabilità per condotte pregiudizievoli per l'amministrazione.

Il primo comma prevede l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per il dipendente che, violando gli obblighi concernenti la propria prestazione di lavoro (quale che ne sia la fonte: legge, regolamento, contratto collettivo o individuale, atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza, codici di comportamento), determina la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento del danno.

La sanzione si applica solo qualora già non ricorrano i presupposti per l'applicazione di un'altra sanzione disciplinare; l'entità della sanzione può variare da un minimo di tre giorni fino ad un massimo di tre mesi, in proporzione all'entità del risarcimento. Si ritiene che residui discrezionalità della P.A., solo nella modulazione dell'entità temporale.

Il comma 2 del nuovo art. 55 sexies configura un'ipotesi di responsabilità del dipendente nel caso in cui, con la propria condotta, cagioni un danno al normale funzionamento dell'ufficio di appartenenza.

In questo caso, il soggetto che subisce il danno è la P.A. di appartenenza

Il danno cagionato al normale funzionamento dell'ufficio di appartenenza deve essere grave e cagionato dall'inefficienza o incompetenza professionale del lavoratore.

Peraltro il legislatore specifica che l'inefficienza e l'incompetenza devono essere accertate dall'amministrazione ai sensi delle disposizioni legislative e contrattuali concernenti la valutazione del personale.

Qualora ricorrano tali presupposti, il lavoratore, all'esito del procedimento disciplinare che accerta la sua responsabilità, è collocato in disponibilità.

Inoltre, il provvedimento che definisce il giudizio disciplinare stabilisce le mansioni e la qualifica per le quali può avvenire l'eventuale ricolloca- mento.

Durante il periodo nel quale è collocato in disponibilità, il lavoratore non ha diritto di percepire aumenti retributivi sopravvenuti.

Il terzo e il quarto comma del nuovo art. 55 sexies prevedono specifiche ipotesi di responsabilità del dirigente, in caso di mancato esercizio dell'azione disciplinare.

Del resto l'importanza di questo ruolo suggerisce al legislatore di responsabilizzare il dirigente, nel caso in cui egli ometta esercitare l'azione disciplinare, o provochi la sua decadenza per aver omesso o ritardato, senza giustificato motivo, gli atti del procedimento disciplinare.

Il dirigente, in tale ipotesi, risponde sul piano disciplinare qualora:

l'omissione o il ritardo ingiustificato sono dovuti a valutazioni sull'insistenza dell'illecito disciplinare irragionevoli o manifestamente infondate;

le condotte del dipendente hanno oggettiva e palese rilevanza disciplinare;

Il dirigente che incorre in tale infrazione deve essere sanzionato, sul piano disciplinare, con la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione.

La sospensione deve essere proporzionata alla gravità dell'infrazione non perseguita; la durata massima della sospensione è di tre mesi, in relazione alle infrazioni sanzionabili con il licenziamento. Al dirigente ritenuto responsabile è, altresì, preclusa la possibilità di ricevere la retribuzione di risultato per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo della durata della sospensione.

Qualora l'infrazione sia commessa da soggetti non aventi qualifica dirigenziale, si applica la stessa sanzione (sospensione dal servizio con privazione della retribuzione). La legge assegna al contratto collettivo la facoltà di prevedere una diversa disciplina; questo è uno dei pochi casi in cui, avendo la legge espressamente previsto tale facoltà, il contratto collettivo può modificare il regime legale.

L'art. 71 del D.Lgs. n. 150/2009 disciplina il regime transitorio in materia disciplinare. Il comma 3 prevede che le disposizioni di legge non incompatibili con quelle del decreto, che disciplinano specifiche fattispecie sanzionatorie del personale di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 continuano ad essere applicabili sino al primo rinnovo del contratto collettivo di settore successivo alla data di entrata in vigore del decreto Brunetta.

## 6.6. Assenze e malattie

### False attestazioni e certificazioni di malattia

Il comma 1 dell'art. 55 quinquies prevede una sanzione penale a carico del lavoratore dipendente di una pubblica amministrazione che:

- attesta falsamente la propria presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente;
- giustifica l'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o falsamente attestante uno stato di malattia.

Nel caso di commissione del reato, il lavoratore è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 400 ad euro 1.600.

La norma prevede l'applicazione della stessa pena a carico del medico di chiunque altro concorre nella commissione del delitto.

Il lavoratore, inoltre, è tenuto al risarcimento del danno patrimoniale arrecato all'amministrazione. La valutazione del danno arrecato non è discrezionale: la legge commisura espressamente il danno al compenso corrisposto a titolo di retribuzione nei periodi per i quali sia accertata la mancata prestazione.

In aggiunta al danno patrimoniale, la norma prevede a carico del dipendente la responsabilità risarcitoria per il danno all'immagine subito dall'amministrazione; per questa ipotesi, non viene identificato nessun parametro ai fini del quantum.

Il medico risponde, al pari del lavoratore, per il reato di false attestazioni, qualora concorra alla determinazione del falso. Il comma 3 prevede a carico del medico, in aggiunta alla sanzione penale, la sanzione disciplinare della radiazione dall'albo.

Inoltre, se il medico è dipendente di una struttura sanitaria pubblica la norma prevede che lo stesso debba essere licenziato per giusta causa; se in vece si tratta di un medico convenzionato, l'accertamento del reato comporta la decadenza dalla convenzione.

La norma estende l'applicazione delle sanzioni disciplinari appena ricordate ad ipotesi aggiuntive rispetto a quelle che comportano l'applicazione della sanzione penale.

Si prevede infatti che le sanzioni disciplinari si applicano, anche se il medi-

co rilascia al lavoratore pubblico certificazioni che attestano dati clinici non direttamente constatati né oggettivamente documentati. In sostanza, il medico che concorre dolosamente al falso, risponde sul piano penale e disciplinare; invece, se il medico concorre colposamente al falso, in quanto non ha controllato adeguatamente le condizioni cliniche del lavoratore che richiede il certificato, opera solo la responsabilità disciplinare prevista dal comma 3.

L'art. 55 septies, comma 1 dispone che l'assenza del dipendente può essere giustificata esclusivamente mediante certificazione medica rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il servizio sanitario nazionale, nei seguenti casi:

- assenza per malattia protratta per un periodo superiore a dieci giorni;
- dopo il secondo evento di malattia nell'anno solare.
- Rimane preclusa ogni possibilità di giustificare l'eventuale malattia con attestazioni rilasciate da medici privati che non siano dipendenti o convenzionati con la struttura pubblica; è evidente il sospetto del legislatore verso la genuinità di siffatte attestazioni.

Il comma 2 disciplina le modalità di comunicazione della certificazione medica. In tutti i casi di malattia, tale certificazione deve essere inviata all'Inps per via telematica, direttamente dal medico o dalla struttura sanitaria che la rilascia.

Le modalità per l'invio della certificazione sono quelle già stabilite per la trasmissione telematica dei certificati medici nel settore privato dalla legge 24 novembre 2003, n. 326 e dalla successiva decretazione attuativa.

Una volta ricevuta la certificazione, l'Inps è tenuto a trasmetterla all'amministrazione interessata.

Il comma 3 disciplina le sanzioni applicabili al medico che non osservi gli obblighi di trasmissione per via telematica della certificazione medica relativa alle assenze dei lavoratori.

L'omissione del medico costituisce illecito disciplinare; in caso di reiterazione della mancanza, il medico dipendente da una struttura pubblica è sanzionato con il licenziamento. Per i medici che operano in regime di convenzione con le aziende sanitarie locali, la sanzione prevista per la reiterazione dell'illecito è della decadenza dalla convenzione.

I contratti e gli accordi collettivi non possono derogare tale regime sanzionatorio.

### Bibliografia

---

V. Tenore, *La responsabilità disciplinare nel pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Giuffrè, 2010; V. Tenore, *Manuale del pubblico impiego privatizzato, Epc libri Roma*, 2011; Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2002; Tenore, Palamara, Buratti, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Milano, Giuffrè, 2009. Sulle responsabilità civile, penale dirigenziale e amministrativo-contabile del pubblico dipendente V. Tenore (a cura di), *Manuale del pubblico impiego privatizzato*, eADE, Roma, 2007. Tenore, Palamara, Buratti, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, cit Giurisprudenza Correlata: C.conti, sez.c ontr. n.7 del 2006; C.conti, sez.contr., 20 giugno 2001 n. 25/01/G, in [www.giust.it](http://www.giust.it); id., sez.contr. St., 25 giugno 1999 n.60, in *Giorn.dir.amm.*, 1999, 1214; id., sez.contr. St., 26 marzo 1998 n.23, in *Riv.C.conti*, 1998, n.3, I, 14; id., 4 aprile 1997 n.70, in *Riv.C.conti*, 1997, n.3, I, 26 e in *Il lavoro nelle p.a.*, 1998, 289; id., 10 gennaio 1996 n.4, in *Riv.C.conti*, 1997, n.1, I, 4 e ivi, 1996, n.1, III, 263, nonché in *Cons.St.*, 1996, II, 480.



# Il licenziamento individuale nel lavoro pubblico

di Olimpio Stucchi e Paola Fusco

## 7.1. Il quadro normativo

In materia di licenziamenti individuali il legislatore ha espressamente stabilito che è da considerarsi illegittimo il licenziamento inefficace, ovvero intimato senza forma scritta o indicazione dei motivi o, comunque, senza il rispetto delle formalità previste dall'art. 2, l. n. 604/1966; il licenziamento nullo, perché discriminatorio o determinato da motivo illecito e, infine, il licenziamento annullabile in quanto intimato senza giusta causa o giustificato motivo. Parte della dottrina, tuttavia, fa rientrare la mancanza di forma scritta e, quindi, l'oralità del licenziamento, in una quarta ipotesi di illegittimità del licenziamento, ovvero l'inesistenza del provvedimento risolutivo del rapporto di lavoro. Il d.lgs. n.165/2001, che contiene le norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle PP.AA., prevede espressamente che i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche siano disciplinati dalle disposizioni del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, ad eccezione delle diverse disposizioni contenute nel medesimo decreto (art. 2, comma 2). Una disciplina specifica in materia di licenziamenti, invece, è contenuta nell'art. 55-sexies, d.lgs. n. 165/2001. Tale articolo, al comma 3, prevede espressamente che «il mancato esercizio o la decadenza dell'azione disciplinare, [...] comporta, per i soggetti responsabili aventi qualifica dirigenziale, l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dal

servizio con privazione della retribuzione in proporzione alla gravità dell'infrazione non perseguita [...]».

Il comma 2 dell'art. 51, d.lgs. n. 165/2001, inoltre, estende l'applicazione della legge n. 300/1970 alle PP.AA. a prescindere dal numero dei dipendenti. Di conseguenza, l'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori che tutela il lavoratore contro i licenziamenti illegittimi, si applica anche al pubblico impiego. Restano invece escluse le previsioni legislative, che trovano applicazione nel settore privato, relative al numero dei dipendenti impiegati. Al pubblico impiego sono inoltre estesi gli istituti della giusta causa di licenziamento (per inadempimento del lavoratore talmente grave da non consentire la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto) e del giustificato motivo soggettivo (per inadempimento notevole degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore). Quanto, invece, al giustificato motivo oggettivo legato ad esigenze di tipo economico e funzionale dell'azienda (c.d. licenziamento per motivi economici), si ricorda che la legge n. 183/2011 (c.d. Legge di stabilità 2012), modificando l'art. 33, d.lgs. n. 165/2001, ha introdotto, anche nel pubblico impiego, l'istituto del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ponendo l'obbligo, in capo alle PP.AA. con situazioni di soprannumero o con eccedenze di personale, in relazione alle esigenze funzionali o alla situazione finanziaria, di attivare le procedure di mobilità dandone immediata comunicazione al Dipartimento della funzione pubblica e di dare una (mera) informativa preventiva ai sindacati.

Dunque, con riferimento al licenziamento illegittimo, anche nei rapporti di lavoro pubblico, la legge prevede due forme di tutela: reale (per cui il lavoratore illegittimamente licenziato deve essere reintegrato nel posto di lavoro) e obbligatoria (che prevede la riassunzione del lavoratore illegittimamente licenziato o, in alternativa, il pagamento di un risarcimento a favore del lavoratore). Il testo vigente dell'art. 18, l. n. 300/1970, rubricato Reintegrazione nel posto di lavoro, che tutela i licenziamenti illegittimi, prevede un'ipotesi di dichiarazione di nullità, inefficacia o annullabilità, da parte del giudice, del licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo e l'obbligo, su provvedimento del giudice stesso, per il datore di lavoro di reintegrare il lavoratore (c.d. tutela reale). Tale articolo prevede inoltre la condanna, da parte del giudice, al pagamento di un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto,

che non può essere inferiore a cinque mensilità, dal giorno del licenziamento fino a quello della reintegrazione effettiva del lavoratore, oltre al versamento dei contributi previdenziali. Il lavoratore, tuttavia, può chiedere al datore di lavoro, in alternativa alla reintegrazione e in aggiunta a quanto dovuto a titolo di risarcimento, il pagamento di un'indennità sostitutiva pari a 15 mensilità di retribuzione globale di fatto. In quest'ultima ipotesi il datore di lavoro è obbligato a pagare le retribuzioni globali di fatto (Cass. 16/03/2009, n. 6342) e l'eventuale ritardo nell'adempimento, qualificandosi come danno a scapito del lavoratore, comporta il pagamento delle retribuzioni perdute, fino all'effettivo soddisfo (Cass. 16/11/2009, n. 24199).

Da ultimo, il processo di riforma del mercato del lavoro contenuto nell'AS-3249, recante Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita, e, in particolare la riscrittura dell'articolo 18 St. Lav., nonché delle norme processuali sull'impugnazione dei licenziamenti che, alla luce di quanto specificato in precedenza, sembrano investire anche i lavoratori del settore pubblico, apporta delle modifiche alla materia dei licenziamenti illegittimi. Nella specie, l'articolo 14, rubricato Tutele del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo, riscrive i primi sei commi dell'attuale articolo 18, l. n.300/1970 e modifica il regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi prevedendo tre casi di tutela giudiziale: 1) contro il licenziamento discriminatorio o intimato in concomitanza di matrimonio o basato su motivo illecito. Il giudice che accerti che il licenziamento è avvenuto per uno dei suddetti motivi, dichiara la nullità del licenziamento stesso e ordina la reintegrazione del lavoratore oltre al risarcimento del danno e al versamento dei contributi previdenziali. In questi casi, la disciplina originariamente prevista dall'art. 18 St. Lav. continua ad applicarsi e, di conseguenza, anche la c.d. tutela reale; 2) contro il licenziamento intimato in mancanza di giustificato motivo soggettivo o di giusta causa. Il giudice, che accerti l'inesistenza del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni della legge, dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al primo comma e al pagamento

di un'indennità risarcitoria (non superiore a 12 mensilità della retribuzione globale di fatto) commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione e al pagamento dei contributi previdenziali ed assistenziali a favore dello stesso lavoratore. Inoltre, laddove il giudice accerti l'inesistenza del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, potrà dichiarare risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condannare il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva a titolo di risarcimento che va dalle 12 alle 24 mensilità, tenuto conto del comportamento delle parti e dell'anzianità del lavoratore. 3) contro il licenziamento intimato in mancanza di giustificato motivo oggettivo legata a ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa. Il giudice condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nell'ipotesi in cui accerti l'infondatezza delle ragioni poste a fondamento del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero accerti che il licenziamento è stato intimato prima della scadenza del periodo di comporto a causa della malattia o infortunio in cui versa il lavoratore; e può, inoltre, applicare la predetta disciplina nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Inoltre, laddove il giudice accerti che non ricorrano gli estremi del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento, e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva, che varia da 12 a 24 mensilità.

## **7.2. Responsabilità del dirigente pubblico**

L'art. 28 Cost. prevede una responsabilità diretta di funzionari e dipendenti dello Stato, secondo le leggi penali, civili e amministrative, «per gli atti compiuti in violazione dei diritti». Il dirigente pubblico per il suo carattere “bifronte”, essendo allo stesso tempo, sia datore di lavoro che dipendente con qualifica dirigenziale, è assoggettato anche alla responsabilità disciplinare scaturente dalla semplice natura colposa della condotta posta in essere. L'art. 21, d.lgs.

n. 165/2001, infatti, disciplina due forme di responsabilità del dirigente: una di risultato legata a circostanze riconducibili al risultato oggettivo raggiunto dall'organizzazione cui il dirigente è preposto, e una disciplinare per quanto concerne gli specifici inadempimenti contrattuali.

La Corte dei conti, competente a giudicare della responsabilità "amministrativa" del dirigente, deve valutare la gravità della colpa in relazione alla preparazione, alle qualità professionali, alla puntuale conoscenza dei dati normativi e quindi all'ordinaria diligenza nell'espletamento dei propri compiti. Inoltre, nel quantificare il danno sofferto dall'amministrazione, il Giudice contabile deve considerare l'eventuale vantaggio economico della P.A. ed, eventualmente, compensare e ridurre proporzionalmente gli importi addebitabili. Allo stesso modo deve agire qualora si identificano più agenti della condotta illecita e quantificare proporzionalmente l'ammontare del danno ascrivibile ad ognuno. A differenza delle responsabilità civile e penale, la responsabilità amministrativa, disciplinare e dirigenziale, discende da ordinamenti particolari, in quanto riguarda solo i soggetti legati con le PP.AA. da un rapporto di impiego o di servizio, anche solo di fatto.

Si configura, dunque, una responsabilità generica, non tipizzata nei comportamenti e nella quantificazione del debito, ogniqualvolta vi sia un danno patrimoniale risarcibile, economicamente valutabile, attuale e concreto, sofferto dall'amministrazione pubblica a cui si aggiunge una responsabilità amministrativa a carattere sanzionatorio che prevede fattispecie tassative, determinate e specifiche. Quanto ai requisiti costitutivi della responsabilità amministrativa, la legge n. 20/1994, oltre al rapporto di servizio/impiego, prevede: 1) la violazione dei doveri o obblighi a questo connessi e, in particolare, la violazione di norme sostanziali e procedurali poste a guida dell'attività gestionale, che nell'illecito costituisce il fatto; 2) il danno, ovvero un depauperamento delle casse erariali; 3) il nesso di causalità tra il fatto e il danno; 4) l'elemento psicologico del dolo o della colpa grave. In particolare, si configura una responsabilità amministrativa c.d. indiretta nei confronti dell'erario quando la violazione che incide sulla sfera patrimoniale della pubblica amministrazione è conseguenza della responsabilità verso terzi che sorge in capo all'amministrazione per i danni cagionati da propri dipendenti, funzionari e amministratori nello svolgimen-

to delle loro funzioni.

Configura un'ipotesi di responsabilità amministrativa c.d. indiretta per danno erariale in capo al dirigente, la dichiarazione di illegittimità del licenziamento con la quale il giudice abbia anche disposto il risarcimento dei danni in favore del lavoratore (C.conti, 11/10/2010, n. 1916). In sostanza, tale responsabilità viene in rilievo in sede di esercizio dell'azione di rivalsa, quando la pubblica amministrazione agisce per il recupero di somme versate a terzi (il dipendente illegittimamente licenziato) come ristoro dei danni subiti da quest'ultimo. In tal caso la Corte dei conti, accertatane la colpevolezza, provvede a condannarlo al pagamento delle somme sostenute dalla pubblica amministrazione in via diretta (come minori incassi) o indiretta (pagate a terzi a titolo di risarcimento, come nel caso del dipendente illegittimamente licenziato).

Con riferimento all'elemento psicologico, non risulta semplice delineare il concetto di colpa grave. Tra gli oscillanti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali si nota come il concetto venga di volta in volta ricostruito in maniera imprescindibile rispetto al caso concreto: per stabilire se si è in presenza di un comportamento gravemente colposo si utilizza, come metro di valutazione, la diligenza ordinaria del dipendente con le medesime caratteristiche professionali. Chiara è la Corte dei conti nell'affermare che condotte affette da colpa grave si sostanziano, in difetto di oggettive ed eccezionali difficoltà, «nell'inservanza del minimo di diligenza richiesto nel caso concreto ovvero in una marchiana imperizia o in una irrazionale imprudenza» (C. conti, sezioni riunite, 10/06/1997, n. 56). Ne consegue, pertanto, che, in ossequio al principio della personalizzazione della responsabilità, al dipendente/dirigente pubblico si richiede, quantomeno, la puntuale conoscenza dei disposti normativi e delle prassi amministrative univoche relative alle proprie attività gestionali, nonché un grado di diligenza adeguata di volta in volta al caso di specie (C. conti, sezioni riunite, 03/03/1999, n. 5; C. conti, 29/03/2010, n. 101).

La responsabilità gestionale dell'amministrazione ex art. 4 comma 2 d.lgs. 165/2001 e art.107 d.lgs. 267/2000 è affidata alla figura del dirigente pubblico. Infatti ai dirigenti spetta la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa delle risorse assegnate e la gestione del personale che devono orientare in funzione degli obiettivi definiti a livello di azione politica di indirizzo amministrativo

(cd.separazione tra funzioni di gestione e funzioni di indirizzo e governo).

I dirigenti pubblici quindi sono responsabili della corretta amministrazione e gestione dei rapporti di lavoro (esercitata ex art. 5 comma 2 d.lgs.165/2001 “con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro”) e hanno l’obbligo, espressamente sanzionato, di attivare il procedimento disciplinare nei confronti dei dipendenti loro affidati. La disposizione dell’art. 55-sexies, prevede infatti l’obbligatorietà dell’azione disciplinare in capo al dirigente o responsabile di struttura, discostandosi molto dal sistema del lavoro privato dove l’azione disciplinare è rimessa all’apprezzamento del datore di lavoro che per i motivi più diversi può anche decidere di non sanzionare il lavoratore. La mancata attivazione, o decadenza, dell’azione disciplinare senza giustificato motivo, “in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare” comporta per il dirigente responsabile “l’applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione in proporzione alla gravità dell’infrazione non perseguita, fino ad un massimo di tre mesi in relazione alle infrazioni sanzionabili con il licenziamento, ed altresì la mancata attribuzione della retribuzione di risultato per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo della durata della sospensione.” In questo caso viene punita la negligenza del dirigente che non dà impulso, fuori dai casi in cui sussiste un giustificato motivo, al procedimento disciplinare. Va tenuto a mente che il procedimento disciplinare nel pubblico impiego risponde, prima che a interessi aziendalistici, ad interessi generali, riconducibili al concetto di buon andamento della pubblica amministrazione. Tuttavia, laddove il dirigente agisca con colpa lieve, questi, non l’amministrazione, sarà esonerato dalla responsabilità nel caso in cui abbia agito conformemente all’attività provvedimentale dell’amministrazione. Il principio costituzionale del buon andamento tende, infatti, ad incoraggiare l’operosità dei dipendenti, altrimenti compromessa dal timore che agendo la persona possa incorrere in responsabilità anche per colpa lieve.

In tema di licenziamenti “economici” (art. 33 del T.u. sopra richiamato) incombe sul dirigente la responsabilità disciplinare, oltre a quella erariale, nel caso in cui ometta di attivare le procedure di mobilità del personale in esubero, riscontrato in base alla corretta adozione (operata dallo stesso dirigente) dei piani del personale (annuale e triennale) aventi ad oggetto la dotazione organica

dell'amministrazione.

Infine, se si scorre il panorama giurisprudenziale in merito ai licenziamenti nel settore pubblico si nota come, pur nell'esiguità del numero di licenziamenti di tipo disciplinare successivamente dichiarati illegittimi dal giudice del lavoro, un gran numero di essi scontano vizi formali e procedimentali. Proprio con riferimento a questi è facile che i giudici contabili, dopo la dichiarazione di illegittimità del licenziamento ad opera del giudice civile, accertino la colpa grave del dirigente che l'ha irrogato e quindi, la sua responsabilità erariale. Secondo la prevalente giurisprudenza della Corte dei conti, per dirsi accertata la colpa grave in capo al dirigente, è sufficiente che lo stesso abbia irrogato il licenziamento in violazione della normativa di riferimento (C. Conti, 11/10/2010, n. 1916). La recente proposta di riforma del Governo nell'affrontare il tema delle conseguenze dei licenziamenti illegittimi per vizi formali e procedimentali, ha previsto che il giudice comunque proceda alla risoluzione del rapporto di lavoro attribuendo al lavoratore solo un'indennità risarcitoria. Una soluzione di questo tipo, in assenza di qualunque garanzia per il dirigente che irroga il licenziamento, non fa che aumentare in maniera esponenziale il rischio di esporsi a responsabilità erariale con la conseguenza di rendere sporadica l'attivazione di un procedimento, quale quello del licenziamento disciplinare, che già oggi è raro.

### Bibliografia

M. D'Antona, La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18, Statuto dei Lavoratori, Padova, 1979, Cap. III. G. Natullo, Gestione delle eccedenze di personale nel lavoro pubblico, in Carinci – Zoppoli. M.T. Carinci, L'estensione dello Statuto dei Lavoratori, in Lavoro, diretto da Carinci – D'Antona. ZOPPOLI, La contrattazione collettiva dopo la delega, in Working Papers C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», IT – 87/2009, p. 8 ss. CARINCI, La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009, in Working Papers C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», IT – 88/2009, p. 34. CARUSO, Gli esiti regolativi della «riforma Brunetta» (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni), in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, 2, 2010, p. 235 ss. BELLAVISTA, La figura del datore di lavoro pubblico, in Giorn. dir. lav. rel. ind., 1, 2010, p. 87 ss. MAINARDI, La responsabilità e il potere disciplinare, in CARINCI e ZOPPOLI (a cura di), Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, t. 2, Torino, 2004, p. 836 ss. BONURA e CARUSO, La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo, in Working Papers C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», IT – 105/2010, pp. 14-15. CARINCI, Filosofia e tecnica di una riforma, cit., p. 451 ss.; CARINCI, Il secondo tempo della riforma Brunetta: il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, in Working Papers C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», IT – 119/2011; GARILLI e BELLAVISTA, Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, 1, 2010, p. 1 ss.; FERRARO, Prove generali di riforma del lavoro

pubblico, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2, 2009, p. 239 ss; MAINARDI, *Passaggio diretto, eccedenze di personale e mobilità collettiva nelle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 462; VALENTINI, *Commento agli articoli 20 e 21*, in DELL'OLIO-SASSANI (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo*, Milano, 2000, 175; SOLOPERTO, *Commento agli articoli 35 e 35-bis*, in CORPACI-RUSCIANO-ZOPPOLI, *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, 1267.



# 8

## La mobilità individuale e collettiva

di Nicola Petracca e Ferruccio Pezzulla

### 8.1. Quadro normativo

La mobilità nel pubblico impiego privatizzato riveste un ruolo di fondamentale importanza soprattutto quale profilo concorrente al reclutamento del personale, unitamente alle procedure concorsuali.

A tal proposito va rilevato che tale istituto consente lo spostamento di personale da un'Amministrazione all'altra, realizzando, nei fatti, un vero e proprio mutamento di mansioni (nel rispetto ovviamente dell'equivalenza auspicata dall'art. 52 del testo unico) che implica la instaurazione di un altro rapporto di lavoro presso diverso ente pubblico.

Esistono diverse tipologie di mobilità sia tra diverse Amministrazioni, sia intraamministrazione. In tali ultimi casi si tratta di mero mutamento di sede dell'impiegato, all'interno della medesima Amministrazione, rimanendo immutato il contratto di lavoro e qualsivoglia altro aspetto riguardante la carriera del dipendente.

Pertanto, la nozione di mobilità, in senso proprio, riguarda esclusivamente il fenomeno della successione di distinti rapporti di lavoro alle dipendenze di diverse Amministrazioni.

La mobilità esterna può essere intra-compartmentale, ossia riguardare personale appartenente allo stesso contratto collettivo nazionale di comparto, ovvero anche inter-compartmentale e cioè riguardare personale inquadrato in enti appartenenti a diversi contratti collettivi nazionali.

In base alla normativa vigente, è possibile classificare diverse tipologie di mobilità:

- la mobilità (individuale) volontaria, a domanda del dipendente (art. 30 d.lgs n. 165/2001);
- mobilità (individuale) per vincita di concorso (art. 30 d.lgs n. 165/2001);
- mobilità (collettiva) obbligata, a seguito di trasferimento di funzioni (art. 31 d.lgs n. 165/2001);
- la mobilità (individuale) temporanea presso le organizzazioni internazionali (art. 32 d.lgs n. 165/2001);
- la mobilità (collettiva) coatta per eccedenza di personale (art. 33 d.lgs n. 165/2001);
- mobilità (individuale) pubblico-privato (art. 23 bis d.lgs n. 165/2001);

## **8.2. La mobilità volontaria (art. 30 d.lgs 165 del 2001).**

La prima tipologia di mobilità disciplinata dal d.lgs n. 165 del 2001 è la mobilità volontaria, riguardante la richiesta diretta del dipendente, rivolta ad altra Amministrazione rispetto a quella di appartenenza, al fine di essere assunto.

In merito, l'art. 30 d.lgs 165/2001 riconosce la possibilità per il dipendente di ottenere il “passaggio diretto” alla stessa qualifica in servizio presso altre Amministrazioni, dietro presentazione di domanda di “trasferimento”, che viene disposto previo consenso dell'Amministrazione di appartenenza.

In materia, i contratti collettivi nazionali possono definire procedure e criteri generali per la migliore attuazione.

Secondo la più accreditata giurisprudenza la mobilità volontaria integra una modificazione soggettiva del rapporto di lavoro, con il consenso di tutte le parti e quindi una cessione del contratto.

In tutte i vari passaggi normativi da cui la normativa sul pubblico impiego privatizzato è stata scandita, dal 1993 ad oggi, il legislatore ha sempre previsto che prima di ogni procedura concorsuale si debba procedere a rendere pubbliche le disponibilità di posti, affinché ci si possa avvalere dei trasferimenti in entrata di lavoratori di altri enti.

Da ultimo, con l'entrata in vigore del D.lgs. n. 150/2009, il legislatore ha ritenuto di vitale importanza tale strumento. In sostanza ed in linea assolutamente generale, sulla base delle nuove regole introdotte con la novella legislativa, le Pubbliche Amministrazioni, prima di dare corso a procedure concorsuali, devono "attivare le procedure di mobilità" volontaria. Questa disposizione costituisce un chiaro vincolo nella direzione del ricorso a questo strumento; infatti ogni amministrazione prima di attivare il concorso pubblico deve avviare la procedura di mobilità e dare applicazione alle norme che impongono la comunicazione obbligatoria ai fini della eventuale utilizzazione del personale pubblico in disponibilità.

La valutazione sull'accoglimento della domanda di mobilità volontaria è tecnico-discrezionale ed afferisce alla qualità professionale del dipendente che richiede il passaggio in altra Amministrazione.

Ai fini del perfezionamento, tuttavia, è necessario il consenso, e ciò anche in coerenza con la disciplina civilistica della cessione del contratto, la cui natura giuridica tale istituto riveste. Deve ritenersi che l'Amministrazione cedente possa opporsi, qualora sussistano motivate esigenze, che facciano, ad esempio, ritenere irrinunciabile la prestazione professionale del dipendente interessato.

### **8.3. La mobilità per vincita di concorso.**

Altra ipotesi di mobilità è quella scaturente dal superamento di un nuovo concorso per l'accesso ad altro impiego. In tal caso, a seguito della successione tra due distinti rapporti di lavoro, in linea di massima la contrattazione collettiva riconosce al dipendente la conservazione del pregresso rapporto di lavoro, collocandolo in aspettativa per la durata dell'espletamento del periodo di prova, al termine del quale egli dovrà definitivamente scegliere se rimanere nella nuova Amministrazione o, in alternativa, rientrare nell'Amministrazione precedente.

#### **4. La mobilità obbligata (art. 31 d.lgs 165 del 2001).**

La mobilità obbligata attiene ai processi di accorpamento o di soppressione di Amministrazioni o enti pubblici. In tal caso verificandosi una successione tra due rapporti di lavoro, la norma di riferimento (art. 31 del T. U.) richiama espressamente l'art. 2112 c. c., nonché la normativa sulle procedure di informa-

zione e di consultazione di cui alla legge n. 428 del 1990 (art. 47, commi da 1 a 4).

Sostanzialmente si è di fronte ad un “trasferimento di azienda”, ai sensi dell’art. 2112 c. c., che determina la cessione del rapporto lavorativo, senza soluzione di continuità, al nuovo soggetto cessionario nei cui confronti il dipendente conserva tutti i diritti.

5. La mobilità temporanea (art. 32 d.lgs 165 del 2001).

La mobilità temporanea contempla le ipotesi di destinazione del personale delle pubbliche amministrazioni al servizio presso le Amministrazioni degli Stati membri dell’U. E., gli organismi amministrativi comunitari e le organizzazioni internazionali.

L’esperienza professionale realizzata all’estero deve essere valutata ai fini dello sviluppo professionale e di carriera

#### **8.4. La mobilità collettiva**

Viene a realizzarsi nelle ipotesi di eccedenza di personale. Più specificamente, la procedura prevista dall’art. 33 del d.lgs n. 165 del 2001 trova applicazione ogni qual volta l’eccedenza riguardi almeno dieci dipendenti.

Tale norma è al centro di un ampio dibattito a livello normativo. Sussiste, inoltre, una proposta di riforma, introdotta con la prima bozza del disegno di legge sulla stabilità per 2011, anche se, allo stato, non risulta approvata.

L’attuale formulazione, pertanto, è quella tradizionale e prevede che “Le pubbliche amministrazioni che rilevano eccedenze di personale sono tenute ad informare preventivamente Le organizzazioni sindacali di cui al comma 3 e ad osservare le procedure previste dal presente articolo. Si applicano, salvo quanto previsto dal presente articolo, le disposizioni di cui alla legge 23 luglio 1991, n. 223, ed in particolare l’articolo 4, comma 11 e l’articolo 5, commi 1 e 2, e successive modificazioni ed integrazioni”

Il procedimento di mobilità coatta contempla l’applicazione di alcuni istituti della mobilità collettiva (l. n. 223 del 1991) prevista nel settore privato, soprattutto per quello che riguarda gli obblighi di informazione e di consultazione sindacale, necessariamente propedeutici per la legittimità della procedura, la

quale si snoda in più fasi.

***è previsto che, previo accordo, il personale eccedente possa essere ricollocato: 1) nella stessa Amministrazione mediante diversa utilizzazione, anche facendo uso di contratti di lavoro flessibili (part time, contratti di solidarietà, etc.); 2) presso altre Amministrazioni comprese nell'ambito provinciale.***

Terminata la fase di ricollocazione del personale, l'Amministrazione pone in disponibilità, per la durata di ventiquattro mesi, quella parte del personale eccedente a cui non è stato possibile trovare un diverso impiego. Il personale in disponibilità viene inserito in un apposito elenco e conserva la possibilità di trovare altra occupazione in diversa Amministrazione fino al termine del periodo di disponibilità, percependo del frattempo una indennità.

Come è ben evidente, il ricorso alla procedura di mobilità coatta collettiva costituisce una ipotesi estrema e residuale, anche per la istituzionalizzazione, nel pubblico impiego, di meccanismi di controllo delle assunzioni e della distribuzione del personale, che tendenzialmente impedisce la realizzazione di grossi scostamenti tra il numero di dipendenti effettivamente presenti in una certa struttura amministrativa e quello prestabilito secondo il parametro della pianta organica.

7. La mobilità pubblico-privato (art. 23 bis d.lgs n. 165 del 2001).

L'art. 7 della legge n. 145 del 2002, di riforma della dirigenza e di istituzione della vice-dirigenza, ha introdotto l'art. 23 bis nell'ambito del testo unico d.lgs n. 165 del 2001, prevedendo lo speciale istituto della mobilità tra settore pubblico e settore privato, che riguarda sia la classe dirigenziale (art. 23 bis, commi 1 e 2), sia i dipendenti delle rimanenti qualifiche (art. 23 bis, commi 7 e 8)

In dettaglio, viene stabilito che i dirigenti della P. A. (ed altri soggetti particolari) possano, a domanda, essere collocati in aspettativa per lo svolgimento di attività presso soggetti ed organismi privati (e pubblici) anche operanti in sede internazionale, salvo motivato diniego dell'Amministrazione di appartenenza. Mentre, i dipendenti possono essere assegnati, con il loro consenso, ad imprese private, nell'ambito di specifici progetti elaborati sulla base di protocolli di intesa. Il servizio così prestato costituisce titolo valutabile ai fini della progressione in carriera.

## Bibliografia

V. TENORE, *Manuale del pubblico impiego privatizzato*, Epc libri Roma, 2011; L. SGARBI, *Mansioni e inquadramento del Lavoratore*, Padova, Cedam, 2004; S. CASTRO, *Pubblico Impiego e Mansioni*, Napoli, 2009. E. MORONE, (voce) *Retribuzione dei pubblici dipendenti*, in Nss. Dig. it., vol. XV, 1968, p. 763 ss; Sulla tematica della retribuzione spettante ai lavoratori che beneficiano della mobilità; F. LEDDA, *Giusta retribuzione dei dipendenti pubblici e problemi di tutela giudiziaria*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1974, p. 481 ss; A. MANTERO, (voce) *Retribuzione II* Impiego pubblico, in Enc. giur., vol. XXVII, 1991; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, Napoli, 1989, p. Specificamente, sul principio della “intangibilità del trattamento economico raggiunto”, A. MANTERO, (voce) *cit.* G. FERRARO, (voce) *Diritti quesiti. II) diritto del lavoro*, in Enc. giur., vol. XVIII, 1990; P. VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, *cit.*, A. CARIOLA, *Il divieto di reformatio in peius nel pubblico impiego*, in Ragiusan, n. 166/167, 1998, p. 245 ss. Giurisprudenza Correlata: C. Cost. 29 maggio 2002 n. 218, in *Lexitalia.it – Riv. Internet dir. pubbl.*, n. 5, 2002 [www.lexitalia.it] e in *Giorn. dir. amm.*, n. 9, 2002, p. 953 ss. C. cost. 23 luglio 2002 n. 373, in *Lexitalia.it – Riv. Internet dir. pubbl.* [www.lexitalia.it]. Cfr. il commento di L. OLIVIERI, *Le concrete indicazioni operative derivanti dalla sentenza della Corte costituzionali del 23 luglio 2002 n. 373, tra miraggi e reflussi*, *ivi*. Inoltre riportata in *Giur. it.*, n. 3, 2003, p. 420 ss. C. cost. 24 luglio 2003 n. 274, in *LexItalia, Riv. Internet dir. pubbl.*, n. 7-8/2002 [www.lexitalia.it], nonché in *Guida dir.*, n. 36, 2003, p. 96 ss.

# La Flessibilità del lavoro subordinato nelle amministrazioni pubbliche.

## Il problema del precariato

di Olimpio Stucchi e Paola Fusco

### 9.1. Posizione del problema

Flessibilità e precariato sono le due facce di una stessa medaglia. A tecnicamente esse rappresentano l'una l'aspetto virtuoso o patologico dell'altra a seconda dell'angolo di osservazione, fosse solo perché il concetto di flessibilità nei rapporti di lavoro ha carattere giuridico, al contrario dell'accezione di precariato che ha dimensione prettamente sociale.

Tra le numerose concause che hanno determinato la nascita del fenomeno del precariato vi è l'uso improprio di tipologie contrattuali flessibili.

Col termine “fenomeno” si intende letteralmente ciò che viene empiricamente rilevato e percepito, a prescindere dalla legittimità dello strumento adottato, a dimostrazione della validità del detto «di buone intenzioni è lastricata la via dell'inferno» che, secondo una attenta dottrina massimamente si addice alle riforme del lavoro pubblico.

Ragionando in termini di incipit o di fonte del problema, si può osservare che con il termine “flessibilità” si intendono varie cose: la “flessibilità organizzativa e funzionale”, la “flessibilità in uscita” (che indica una maggiore libertà nel recesso dal contratto di lavoro) e la “flessibilità in entrata” (con cui ci si riferisce all'ampia gamma di tipologie contrattuali offerte al datore per l'assunzione di soggetti al di fuori di un contratto di lavoro subordinato).

In effetti i monitoraggi del mercato del lavoro e le rilevazioni empiriche – da ultima quella, seppur parziale, del Governo, che tuttavia non censisce le collaborazioni coordinate e continuative – indicano che le aree di maggiore abuso e degenerazione del lavoro flessibile sono proprio quelle del settore pubblico, dove raramente la flessibilità risponde a reali logiche produttive ed organizzative. L'assenza di affidabili strumenti di valutazione e monitoraggio non consente tuttavia di quantificare con precisione un fenomeno che, a seconda delle fonti e delle "opportunità" politiche e sindacali, viene genericamente stimato tra le 50 mila e le 600 mila unità.

La sequenza degenerativa è in ogni caso evidente e segue una linea di sviluppo (blocco delle assunzioni, aggiramento con forme di lavoro atipiche e flessibile, reiterazione nel tempo della prestazione di lavoro temporanea, inoperatività della sanzione della conversione del rapporto temporaneo illegittimo, istanza politico-sindacale di stabilizzazione) che mette in secondo piano il principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione e, con esso, la regola dell'accesso al lavoro pubblico mediante concorso.

Non è un caso, del resto, che il tema del lavoro precario abbia, nel settore pubblico, una lunga storia che procede in parallelo con la nascita e lo sviluppo della stessa pubblica amministrazione. Nel periodo 1975-1990 quasi il 60% dei dipendenti statali è stato assunto senza concorso, a seguito di processi di stabilizzazione. Un forte incremento del lavoro flessibile/precario si è poi registrato tra il 2000 e il 2006, anche se con tassi inferiori al settore privato, per poi dare luogo, nel periodo 2007-2008, a una nuova ondata di stabilizzazioni.

La risposta normativa di questi ultimi anni si è dimostrata debole e incerta, come dimostrano le reiterate modifiche della norma chiave posta a presidio del corretto utilizzo del lavoro flessibile nel settore pubblico: l'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001.

Volgendo lo sguardo agli ultimi provvedimenti normativi, la suddivisione dei contratti flessibili in "personale non stabilizzabile" e "personale stabilizzabile" trova ragione nel percorso normativo incominciato con la Finanziaria del 2007.

Ai sensi dell'articolo 1, commi 519 e 558, della legge n. 296/2006, sono considerati lavoratori flessibili da regolarizzare i soggetti con contratto di lavoro a tempo determinato in possesso di vari, alternativi, requisiti temporali: 1) essere

in servizio al 1° gennaio 2007 con 3 anni di tempo determinato maturato nei 5 anni precedenti; 2) essere in servizio al 1° gennaio 2007 con 3 anni di tempo determinato da maturare, nel quinquennio precedente, e/o in virtù di un contratto in essere al 29 settembre 2006; 3) 3 anni di tempo determinato maturati nel quinquennio precedente al 1° gennaio 2007.

La Finanziaria 2008 (legge 24 dicembre 2007, n. 244) ha ampliato la platea dei destinatari dello speciale reclutamento, prevedendo anche un punto 4), ovvero l'essere in servizio al 1° gennaio 2008 con 3 anni di tempo determinato da maturare, nel quinquennio precedente, e/o in virtù di un contratto in essere al 28 settembre 2008.

Come già rilevato, questo è stato il decimo intervento, in soli nove anni, di rivisitazione dell'articolo 36 del decreto legislativo n. 165/2001, la norma che regola l'utilizzo del lavoro flessibile nel pubblico impiego.

Tali interventi hanno voluto affrontare il problema del lavoro atipico e temporaneo azzerando un decennio di contenimento della spesa effettuato attraverso il sistema, peraltro assai contestato, del "blocco del turnover".

Il tassativo (e indiscriminato) divieto di aumento degli organici ha effettivamente ostacolato l'azione di molte Amministrazioni Pubbliche, ma il veloce diffondersi di contratti atipici non è spiegabile con la sola ragione di bisogno di personale delle amministrazioni virtuose e realmente in crescita: è stata anche un'occasione per gli enti con problemi di bilancio (spesso coincidente con quella platea di amministrazioni inevitabilmente interdette alle assunzioni in ragione dell'inefficiente utilizzo delle risorse) di ampliare una catena di rapporti poco trasparente.

Le disposizioni contenute nelle Finanziarie sciolgono il nodo del continuo aumento dei contratti a tempo determinato nella Pubblica Amministrazione in un'ottica assistenzialista, optando per una soluzione politicamente e mediaticamente "comoda": una sorta di vasta sanatoria che ha immesso nell'organico dello Stato migliaia di lavoratori.

Questo atteggiamento (non nuovo, visto che una prima iniziativa di questo genere risale al secondo dopoguerra), se da una parte ha avuto il merito di aiutare chi si trovava in situazioni di "insicurezza lavorativa" da molto tempo, dall'altra è stato ed è il primo carburante per il motore che aziona la diffusione di questi

contratti: la certezza della futura regolarizzazione incoraggia la stipulazione del rapporto atipico.

Per inquadrare maggiormente il fenomeno, basti sapere che il Monitoraggio dei contratti di lavoro flessibile nella Pubblica Amministrazione curato dal Foromez nel 2009 ha contato, per l'anno 2007, 47.863 contratti flessibili non regolarizzabili, 34.267 posizioni regolarizzabili (di cui 6.247 valutate da non regolarizzare) e 28.597 unità di personale regolarizzato. La somma individua 82.130 contratti atipici ancora in essere a fine 2007, esclusi i contratti di "diretta collaborazione".

In questi calcoli rientrano i contratti a tempo determinato, le collaborazioni coordinate e continuative, i contratti di formazione lavoro, i contratti a tempo determinato ex articolo 110 del decreto legislativo n. 267/2000 (c.d. TUEL) e le diverse altre forme di collaborazione.

La ragione per cui diversi addetti ai lavori hanno contestato questo studio è la convinzione che questi dati siano viziati dalla ridotta numerosità del campione statistico (4.027 enti) rispetto alla totalità degli enti interessati e ai soggetti considerati dal Conto Annuale della Ragioneria dello Stato (9.903).

## **9.2. La legge n. 133/2008**

Volgendo ora più specificamente lo sguardo agli interventi normativi che hanno preceduto la XVI Legislatura, si può osservare, come anticipato, che la soluzione alla reiterazione dei contratti e al loro uso distorto sia stata rinvenuta nella stabilizzazione, vanificando così gli sforzi di contenimento della spesa pubblica e delle assunzioni.

Ciò, tuttavia, dimostra come la ricerca di una soluzione al problema del precariato, individuato nell'abuso della "flessibilità in entrata", sia uno degli obiettivi costanti del legislatore, conscio delle implicazioni motivazionali che una situazione instabile può determinare in ogni lavoratore.

Il decreto legge n. 112/2008, convertito con modificazioni nella legge n. 133/2008, ha riscritto l'articolo 36 del decreto legislativo n. 165/2001, e aldilà delle previsioni di dettaglio, ha confermato in primo luogo che le esigenze connesse al fabbisogno ordinario del settore pubblico vengano soddisfatte con

contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Il fine indiretto è correggere un errore di impostazione: i contratti di lavoro flessibili nel settore pubblico non devono costituire una modalità di reclutamento, stante il divieto di trasformazione operante nelle Pubbliche Amministrazioni e le numerose e continue disposizioni in materia di riduzione degli organici e limitazioni del reclutamento.

Il contenuto delle disposizioni riflette fortemente l'esperienza negativa, nel ricorrere a certe tipologie contrattuali, registrata nel settore pubblico negli ultimi dieci anni, nonostante i tetti di spesa e le limitazioni ordinamentali.

L'articolo 49 della legge n. 133/2008 ha previsto la possibilità per le Pubbliche Amministrazioni di ricorrere per «esigenze temporanee ed eccezionali», a tutte le tipologie contrattuali flessibili, ivi compreso il contratto con le agenzie di somministrazione (nel 2007, secondo il Conto Annuale della Ragioneria dello Stato, gli interinali impegnati nelle Pubbliche Amministrazioni erano circa 36.700).

Di particolare interesse il comma 3 del rivisitato articolo 36, che si caratterizza per essere la disposizione “anti precariato” del nuovo articolo e per prevedere misure adeguate per porre fine al fenomeno dei rinnovi e dell'utilizzo del singolo lavoratore con più tipologie contrattuali da parte dello stesso datore di lavoro. Viene individuato un periodo oltre il quale si alimentano aspettative nei confronti del lavoratore e l'apposizione del termine al contratto appare all'uopo strumentale, considerando che il superamento di una data soglia temporale, indicherebbe che molto probabilmente, dietro la “reiterazione” vi è un fabbisogno permanente dell'ente.

Non è semplice individuare i contratti che devono essere computati nella dizione «utilizzo del lavoro flessibile» contenuta al comma 3. Un'espressione che può contemplare, dato il termine “utilizzo” e la finalità della norma, sia il personale somministrato, che il personale con contratto di collaborazione coordinata e continuativa. Certamente il limite di utilizzo di 3 anni negli ultimi 5 non rileva in caso di successiva assunzione a tempo determinato a seguito di procedura concorsuale, chiaramente obbligatoria per poter procedere.

Il richiamo ai principi di imparzialità e trasparenza è evidentemente finalizzato ad evitare il formarsi del precariato, attraverso il ricorso – governato

dall'intuitu personae – sempre agli stessi lavoratori.

L'ultimo comma dell'articolo 36, così come sostituito dall'articolo 49 del decreto legge, richiama le responsabilità in capo al dirigente in caso di violazione delle disposizioni in materia di lavoro flessibile, con un esplicito riferimento anche alla responsabilità dirigenziale ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo n. 286/1999.

### **9.3. Le ultime disposizioni**

Si è occupato di flessibilità, rappresentandola come un problema da affrontare e risolvere razionalmente, il decreto legge n. 78/2009 (c.d. “pacchetto anti-crisi”) che è intervenuto per l'ennesima volta sul comma 3 dell'articolo 36.

Quest'ultima norma, come ricordato, prevedeva che le amministrazioni non potessero ricorrere al medesimo lavoratore con più tipologie contrattuali per periodi di servizio superiori al triennio nell'arco di un quinquennio. Si è introdotta una sorta di presunzione iuris et de iure in merito al fatto che un fabbisogno così duraturo perdesse, se mai le avesse avute, le fattezze di eccezionalità, per tramutarsi in fabbisogno ordinario.

Nel disegno della legge n. 133/2008, il richiamo ai principi di imparzialità e trasparenza è finalizzato ad evitare il formarsi del precariato, attraverso il ricorso continuo ai medesimi lavoratori.

Il decreto, al fine di combattere l'abuso improprio delle tipologie contrattuali flessibili, ha sostituito il comma 3 prevedendo che, entro il 31 dicembre di ogni anno, sulla base di apposite istruzioni fornite con direttiva del Ministro per la Pubblica Amministrazione e l'innovazione, le amministrazioni debbano provvedere a stilare un rapporto analitico sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate.

Il rapporto, avente natura informativa, verrà trasmesso, entro il 31 gennaio di ogni anno, ai nuclei di valutazione o ai servizi di controllo interno di cui al decreto legislativo n. 286/1999, nonché alla Presidenza del Consiglio dei Ministri (Dipartimento della funzione pubblica) che redigerà una relazione annuale al Parlamento.

Stando alle regole introdotte sulla responsabilità del dirigente sarà quest'ulti-

mo a rispondere dell'abuso di contratti flessibili e non solo con la decurtazione della parte del proprio elemento legato alla produttività.

Il comma 4 dell'articolo 36 del decreto legislativo n. 165/2001, modificato con l'articolo 49 della legge n. 133/2008, prevedeva, nella versione originaria, la trasmissione al Dipartimento della funzione pubblica delle convenzioni stipulate dalle amministrazioni per collocare i lavoratori socialmente utili, strumento spesso usato per aggirare la disposizione sul blocco delle assunzioni.

La previsione, sostituita nel luglio di quest'anno, contempla l'obbligo per le Amministrazioni Pubbliche di comunicare anche le informazioni concernenti l'utilizzo dei lavoratori socialmente utili. L'intento è evidentemente quello di fare di una semplice comunicazione un elemento per valutare indirettamente l'andamento della singola amministrazione e direttamente la gestione del dirigente.

Rimane fermo il comma 5 dell'articolo 36, relativo alle responsabilità in capo al dirigente per violazione delle disposizioni in materia di lavoro flessibile ai sensi del decreto legislativo n. 286/1999.

Il decreto ha aggiunto, alla norma modificata dalla legge dell'anno precedente, un sesto comma che prevede che le disposizioni dell'articolo 5 (rubricato Scadenza del termine e sanzioni. Successione dei contratti), in particolare dei commi 4-quater, 4-quinquies e 4-sexies del decreto legislativo n. 368/2001, e relativi al diritto di precedenza di un lavoratore a tempo determinato all'assunzione, possano applicarsi soltanto al personale reclutato secondo le procedure di cui all'articolo 36, comma 1, lettera b, del decreto legislativo n. 165/2001, cioè al sistema delle liste.

Un'importante modifica si registra in tema di contratti di lavoro flessibili, già modificati dall'articolo 49 della legge n. 133/2008. È utile sottolineare che non viene sovvertita la regola per cui i contratti di lavoro flessibili nel settore pubblico non assurgono a modalità di reclutamento. I limiti risiedono nel divieto di trasformazione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, pena l'incostituzionalità, e nelle numerose disposizioni in materia di riduzione degli organici e limitazioni del reclutamento.

Nella legge n. 133/2008, le «esigenze temporanee ed eccezionali» potevano giustificare il ricorso a tutte le tipologie contrattuali flessibili, ivi compreso il

contratto con le agenzie di somministrazione. Ed è appunto con l'intento di accordare nuova flessibilità alla Pubblica Amministrazione che il decreto legge n. 78/2009 aggiunge alle tipologie previste il lavoro accessorio di cui alla lettera d, comma 1, dell'articolo 70 del decreto legislativo n. 276/2003 con riferimento a «manifestazioni sportive, culturali, fieristiche o caritatevoli e di lavori di emergenza o di solidarietà anche in caso di committente pubblico».

Infine, seppure indirettamente, anche la legge delega n. 15/2009, si occupa di flessibilità e si preoccupa di precariato. L'operazione si innesta nella rivisitazione dei poteri e delle responsabilità del dirigente pubblico, chiamato a mettere in moto la riforma della macchina statale con la produzione virtuosa di beni e servizi. Tra i compiti affidati al soggetto, ovvero nella gestione di risorse umane e finanziarie, rientra anche l'uso dei contratti flessibili, decisi dal dirigente, a questo punto e necessariamente, in maniera ponderata. L'esigenza della motivazione, da non confondere con l'obbligo previsto dall'articolo 3 della legge n. 241/1990 nascerebbe dal rispetto dei vincoli finanziari e dal controllo preventivo dell'attività negoziale della Pubblica Amministrazione da parte della Corte dei Conti, interessata anch'essa dalla legge e dal decreto legislativo.

Infine, per completezza, analizziamo il Disegno di Legge AS 3249, che dedica al pubblico impiego solo l'art. 2, stabilendo che le disposizioni costituiscono *“principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni”*. Il risultato è che le norme del DDL rappresentano una legge quadro per il lavoro pubblico con necessità di declinazione demandata al Ministro per la Pubblica Amministrazione e per la semplificazione, previo confronto (*“sentite”*) con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, con il compito di individuare e definire, *“anche mediante iniziative normative”*, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai lavoratori pubblici.

L'impegno rappresentato si somma a quello non meno ambizioso di riordinare i contratti per la pubblica amministrazione, definire praticamente il ruolo della dirigenza, stabilire quale peso assegnare alla misurazione e valutazione della performance individuale, affrontare il tema della formazione, risolvendo il nodo del *“sistema scuola”*.

La risposta al perché una riforma del mercato del lavoro privato non può

che costituire una direttiva per il lavoro pubblico, è già tutto nella specialità di quest'ultimo settore con la conseguenza di rendere ultronee affermazioni come quella contenuta nell'art. 1: *“l’instaurazione di rapporti di lavoro più stabili”*, ribadendo *“il rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato quale forma comune di rapporto di lavoro”* identificato come *“contratto dominante” (lett. a)*.

Invero, la prevalenza assegnata al lavoro subordinato a tempo indeterminato, non è che un derivato dell'art. 97 Cost. e le forme contrattuali di tipo flessibile, dopo la L. n. 133 del 2008, il D.lgs. 150 del 2009 e la L. n. 183 del 2010, dipendono dalle esigenze organizzative dell'ente, nonché dai vincoli di finanza cui gli stessi sono soggetti.

E mentre la novità dirompente, anche in questo caso da armonizzare con un quadro regolatorio non solo speciale e completo, è data dal contratto di apprendistato; per quanto concerne l'area di intervento relativa al contrasto degli *“usi elusivi di obblighi contributivi e fiscali degli istituti contrattuali esistenti” (lett. e)*, le difficoltà di porre un freno efficace all'uso irregolare e fraudolento degli strumenti contrattuali è tema antico anche per il settore pubblico. Ci si riferisce non tanto all'uso o abuso dei contratti flessibili (modalità di lavoro propria dei dipendenti), ma a quelli che nel bilancio di un ente rappresentano esclusivamente centri di costo, dunque il lavoro a progetto e le collaborazioni in partita IVA.

La legge delega n. 15 del 2009 e il decreto di attuazione n. 150 che è seguito il 27 ottobre dello stesso anno, hanno costruito (sulla scia delle disposizioni contenute nella L. n. 133 del 2008) un valido deterrente al ricorso di soggetti esterni alle amministrazioni, mettendo in evidenza le responsabilità della dirigenza nella gestione delle risorse umane ed economiche. Tuttavia, prima di riformare il sistema, ci ha pensato lo stato delle finanze pubbliche a congelare il ricorso a tipologie contrattuali autonome.

Alla luce dei principi e criteri contenuti nell'art. 1 e in attesa di applicazione pratica nel settore pubblico ai sensi dell'art. 2 del Disegno di Legge AS 3249, in particolare in materia di flessibilità in uscita e di licenziamenti, occorre considerare da un lato la presenza delle norme speciali per il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni - come quella in tema di mobilità - dall'altro la dipendenza di quelle stesse norme dalla riorganizzazione delle strutture cen-

trali e periferiche dello Stato e in attuazione della *spending review* annunciata dal Governo.

Invero, il problema maggiore, quando si è trattato di trasporre nel settore pubblico istituti concepiti in ambito privato, è dato dalla diversità strutturale del mercato del lavoro pubblico e privato.

Differenze che hanno portato in tempi non lontani a parlare di *fictio iuris* in caso di datore del lavoro pubblico, a chiedersi come conciliare l'abuso dei contratti a termine con l'impossibilità di una tutela a 360° del dipendente pubblico, a come superare lo scoglio della assenza di scopo di lucro, che giustifica le agitazioni dei datori di lavoro privato sul tema del costo del lavoro e il silenzio di quello pubblico.

Nel quadro generale, tuttavia, occorre rammentare la specialità del settore, da evidenziare all'occorrenza nell'ottica di una tutela bipartisan: da un lato il lavoratore, dall'altro l'ente.

Così la ricollocazione *ex artt.* 34 e 34bis del D.lgs. 165/2001 potrebbe compensare le specialità in negativo di cui soffrono i lavoratori delle pubbliche amministrazioni come il divieto di trasformazione a tempo indeterminato in caso di violazione dell'art. 36 del d.lgs. 165/2001, in materia di lavoro flessibile, o di non riconoscimento dell'inquadramento nella qualifica superiore in caso di svolgimento delle mansioni superiori.

Differenze strutturali che affondano le loro radici nell'art. 97 della Costituzione, ma che non giustificano certo le esclusioni in materia di sanzioni e limiti sul ricorso "abusato" al lavoro flessibile.

#### **9.4. La legge di stabilità 2012**

Il tema della flessibilità è un *ever green* nel diritto del lavoro pubblico e lo dimostra il fatto che anche la legge di stabilità 2012, legge n. 183/2011, se ne occupa in materia di personale dipendente delle PA.

In particolare, con riferimento alla possibilità per gli enti locali di ricorrere ad assunzioni a tempo determinato ed al conferimento di incarichi di co.co.co. entro il tetto del 50% di quella sostenuta allo stesso titolo nel 2009.

Le nuove regole sono dettate nei commi 102 e 103 dell'articolo 4 della legge

di stabilità 2012. Esse

si riferiscono al tetto di spesa.

In primo luogo viene chiarito che il riferimento al 20% della spesa del personale cessato nell'anno precedente deve essere inteso come soglia massima della spesa per le assunzioni a tempo indeterminato negli enti soggetti al patto di stabilità.

Il chiarimento è seguito alla deliberazione n. 46/2011 delle sezioni riunite di controllo della Corte dei Conti, che aveva invece sostenuto che la percentuale doveva riferirsi alle assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuale. Ciò ferme restando le eccezioni espressamente stabilite per legge, gli interventi caratterizzati da ipotesi di somma urgenza e lo svolgimento di servizi infungibili ed essenziali.

L'intervento legislativo corregge la lettura dettata dalla Corte dei Conti che limitava in modo eccessivo e crescente il ricorso alle assunzioni flessibili negli enti soggetti al patto di stabilità.

Con la seconda disposizione si chiarisce che agli enti locali si applica lo stesso tetto previsto dall'articolo 9, comma 28, del DL n. 78/2010 per le amministrazioni dello Stato e per le regioni in tema di assunzioni a tempo determinato, con convenzioni e con contratti di collaborazione coordinata e continuativa. Questo tetto viene fissato nel 50% della spesa sostenuta allo stesso titolo nell'anno 2009.

La disposizione si riferisce ad alcune tipologie di lavoro flessibile, ma si ritiene che esso debba essere esteso anche alle altre tipologie di assunzioni flessibili, quali i contratti di somministrazione, il lavoro accessorio ed i contratti di formazione e lavoro. Sono da considerare comprese in tale limite anche le assunzioni ex articoli 110 e 90 del DLgs n. 267/2000.

Il tetto di spesa deve essere riferito a quella programmata e non a quella effettiva. Possono essere esclusi da tale limite le assunzioni ed i co.co.co. finanziati da altri soggetti.

La sezione regionale di controllo della Corte dei Conti della Toscana, parere n. 410 dello scorso 15

novembre, ha precisato che "il comma 103 dell'art. 4 della legge n. 183/2011 è considerato dalla Sezione quale norma di carattere interpretativo come, peraltro, evidenziato nella Relazione Illustrativa al disegno di legge di stabilità per

il 2012". E, traendo la logica conclusione di questo principio, ha affermato che "l'assunzione o la proroga di un contratto a tempo determinato per sostituzione maternità non rientra nell'applicazione della norma di cui all'art. 76, comma 7 della L.

133/2008 e ss. mm., nella parte in cui stabilisce il vincolo di spesa (20%) alle assunzioni di personale negli enti soggetti al patto di stabilità interno".

Per cui la lettura per cui la fissazione del tetto di spesa per gli enti soggetti al patto nel 20% di quella del personale cessato nell'anno precedente deve essere ritenuta superata.

## Bibliografia

---

L. Zoppoli, Nuovi lavori e pubbliche amministrazioni (ovvero Beowulf versus Grendel, atto II), intervento al convegno "sviluppo e occupazione nel mercato globale", Napoli, 4-5 dicembre 2003; idem Il contratto a termine e le trappole della precarietà; R. Greco, La flessibilità nel lavoro pubblico "privatizzato", in DLM, 2007; A. Loffredo, La stabilizzazione dei precari nelle pubbliche amministrazioni, in DLM, 2007; L. Fiorillo, Flessibilità e lavoro pubblico, 2003; C. Russo, Quale flessibilità per i lavori del settore pubblico, DLM, 2004, I; V. Speziale, Il lavoro subordinato tra rapporti speciali, contratti "atipici" e possibili riforme, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 51/2007; B. Caruso, La regolazione "a doccia scozzese" del lavoro pubblico. Rigidi, flessibili, precari, di nuovo rigidi, in LPA, 2008; S. Cassese, L'ideale di una buona amministrazione: principio del merito e stabilità degli impiegati; C. Russo, Il rapporto di lavoro pubblico, Edizioni Lavoro, 2008; F. Berton, M. Richiardi, S. Sacchi, Flessibilità del lavoro e precarietà dei lavoratori in Italia: analisi empiriche e proposte di policy; R. Pedersini, Flessibilità e politiche del lavoro in Europa fra mercato e regolazione congiunta, Working Paper 06/2009; A. Preteroti, Il contratto a termine nel settore pubblico tra novità legislative e primi riscontri giurisprudenziali, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 95/2010; G. Mammone, la contrattazione collettiva nel pubblico impiego; F. Dreossi, Motivazioni e commitment dei lavoratori atipici nella pubblica amministrazione; M. Magnani, La flessibilità in entrata e in uscita: dalla flessibilità "tipologica" al contratto unico di lavoro?, Il Sole 24 Ore; P. Ichino, Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana, Giuffrè, Milano, 2008; S. Lauria, S. Stefanovichy, A tu per tu con il sindacato, Giuffrè, Milano, 2010; Rapporto Cnel – Cesos, Rapporto sul mercato del lavoro. Roma 2010; M. Magnani, Il diritto del lavoro e le sue categorie Valori e tecniche nel diritto del lavoro, Cedam, Torino, 2006; T. Treu, Pandolfo, M. Magnani, Manuale di diritto del lavoro, Cedam, 2010; M. Tiraboschi, F. Verbaro, La nuova riforma del lavoro pubblico, Giuffrè, Milano, 2009; L. Zoppoli, Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico, Ediesse, 2009; P. Merli Brandini, Per una storia delle relazioni industriali e di lavoro in Italia: dal totalitarismo alla democrazia, in DRI, Giuffrè; Milano, 2011, 2; G. Schmid, Il lavoro non standard. Riflessioni nell'ottica dei mercati transazionali del lavoro, in DRI, Giuffrè, Milano, 2011, 1; L. Oliveri, La difficile strada delle relazioni sindacali nel pubblico impiego, in DRI, Giuffrè, Milano, 2011, 1, p. 193 ssI. M.T. Carinci, Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 114/2011, S. Giubboni, Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2011, 115, L. de Angelis, Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 121/2011, F. Carinci, L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 125/2011.

# 10

## Le esternalizzazioni nel pubblico impiego privatizzato

di Olimpio Stucchi e Paola Fusco

### 10.1 L'articolo 31 d.lgs. n. 165/2001: profili oggettivi e soggettivi

Il fenomeno della esternalizzazione, risponde a logiche totalmente differenti rispetto alla “privatizzazione del pubblico impiego”.

Nella convinzione, oggi più che mai solida che la convergenza sia ben lontana dal poter essere attuata, mentre in quella il datore è ontologicamente pubblico, tranne che nei poteri di microrganizzazione e nel rapporto con i dipendenti (cioè soggetti già incardinati nella struttura pubblica); nella esternalizzazione la modifica coinvolge il datore che non è l'ente pubblico, ma un soggetto in tutto e per tutto estraneo alle pubbliche funzioni ed al diritto ad esse connesso.

La consapevolezza di questa sorta di novazione soggettiva da parte del legislatore è evidente nell'attenzione posta nel passaggio da modelli di regolamentazione pubblicistica a modelli propri del diritto privato e commerciale. Gli sforzi legislativi, anche in chiave di deflazione di un sicuro contenzioso (come le cronache giudiziarie hanno dimostrato) si sono appuntati nella fase genetica, di formazione o trasformazione del servizio pubblico per la garanzia dei livelli occupazionali e la tutela dei lavoratori coinvolti in tali processi.

Le previsioni normative hanno riguardato sia disposizioni legislative e/o regolamentari che hanno consentito le esternalizzazioni assicurando le tutele dianzi indicate; sia predisponendo regole generali, applicabili alle fattispecie non rientranti nell'ambito di applicazione delle discipline specifiche (relative al passaggio dei prestatori di lavoro ad altro ente a seguito della cessione del servizio,

ovvero dal settore pubblico a quello privato).

Nell'ambito del decreto 165 del 2001, la norma deputata ad occuparsi degli aspetti lavoristici connessi al passaggio di dipendenti per trasferimento di attività è l'art. 31.

Per l'esattezza per "trasferimento e conferimento", espressioni usate dall'articolo summenzionato, si intendono una vasta serie di eventi che vanno dalle riorganizzazioni di apparati burocratici alle privatizzazioni di strutture produttive pubbliche, comprese le esternalizzazioni di funzioni amministrative, secondo il principio di sussidiarietà orizzontale statuito nell'art. 118, co. 4, Cost. come sostituito dalla legge cost. n. 3/2001.

Tra l'altro nel passaggio dal decreto legislativo n. 29/1993 al decreto legislativo n. 165/2001 la norma ad eccezione del numero ha riprodotto testualmente il testo della corrispondente disposizione del decreto del 1993, l'art. 34.

La norma dell'articolo 31 prevede che «Fatte salve le disposizioni speciali, nel caso di trasferimento o conferimento di attività, svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati, al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti si applica l'articolo 2112 del codice civile e si osservano le procedure di informazione e di consultazione di cui all'articolo 47, commi da 1 a 4, della legge 29 dicembre 1990, n. 428 (legge comunitaria per il 1990)».

La disposizione da un lato richiama il sistema di tutele previste in ambito civilistico, dall'altro il

fenomeno da cui le stesse discendono è molto differente da quanto accade nel mercato privato con ricadute di non poco conto.

Ad esempio l'art. 2112 c.c. si rifà al decreto legislativo del 2 febbraio 2001 n. 18 (che ha adeguato l'ordinamento italiano al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri per il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti); e all'art. 32 del decreto n. 276/2003, che ha sostituito il comma 5 dell'art. 2112 c.c. ed ha aggiunto alla stessa norma un comma sesto.

Modifiche e integrazioni che non incidono sull'art. 31 del TUPI che richiama la norma del codice civile sono per le conseguenze di un fenomeno che rimane comunque distinto per il settore pubblico.

Dunque rimanendo nell'ambito tracciato dall'art. 31 D.Lgs. n. 165/2001, le conseguenze che ai sensi dell'art. 2112 c.c. si producono nella singola relazione lavorativa sono essenzialmente tre: la

novazione soggettiva; la conservazione dei diritti già spettanti al dipendente in virtù del precedente rapporto di lavoro ed infine la solidarietà passiva per i crediti da lavoro tra amministrazione trasferente e soggetto pubblico o privato ricevente.

Il richiamo all'art. 47 della legge n. 428/1990 vale a subordinare l'operazione di trasferimento di attività ed il relativo passaggio di dipendenti ad una procedura di informazione ed eventuale consultazione sindacale con le rappresentanze sindacali del soggetto cedente come del cessionario, la cui violazione costituisce ipotesi prevista ex lege di condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 della legge n. 300 del 1970.

Il concetto di «conferimento» può essere parimenti collegato alla sfera privatistica ed a quella pubblicistica. Dal primo punto di vista, il riferimento è alla nozione di conferimento in società da parte del socio, conferimento che, anche ai sensi del decreto n. 6 del 2003, può avere ad oggetto qualsiasi bene suscettibile di valutazione economica e che sia connesso strumentalmente con l'attività oggetto di impresa.

Dal punto di vista pubblicistico, il termine è da ricollegare alla legge n. 59/1997 che scrive trasferimento e intende «delega» di funzioni e/o di attività dallo Stato centrale a Regioni ed Enti locali in ottemperanza al decentramento amministrativo consacrato con la riforma del titolo V della Costituzione ad opera della legge cost. n. 3/2001.

L'intreccio tra le discipline e il prevalere dei fenomeni pubblicistici sono ancora più visibili nel concetto di «trasferimento» che non rimanda ipso iure alla traslazione o alla cessione del rapporto obbligatorio, come se l'intento fosse quello di richiamare soltanto la disciplina lavoristica di cui all'art. 2112 c.c. e dell'art. 47 commi 1-4 della l. n. 428/1990.

Per quanto invece riguarda l'oggetto del trasferimento, questo è definito ancora una volta in maniera ampia ed alquanto generica, trattandosi semplicemente di «attività» svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, e dunque di qualunque compito, nel senso sia di funzione amministra-

tiva implicante esercizio di pubblici poteri, sia di attività materiale.

In questo vi è sostanziale omogeneità con l'ambito privatistico: ai sensi del comma 5 dell'art. 2112 c.c. ciò che si trasferisce è un'attività economica organizzata, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità, ovvero, per quanto riguarda il ramo di azienda, una articolazione funzionalmente autonoma della stessa.

In questo senso l'art. 31 include tra le attività trasferibili anche quelle non economiche, estendendo le previsioni dell'art. 2112 e 47 della l. 428 anche al trasferimento di funzioni di interesse pubblico.

La concezione della pubblica amministrazione dal punto di vista soggettivo come entità unica comporta il superamento obbligato delle regole di mercato: nel privato è normale che una società che fallisce non possa tenere impegnati i lavoratori. Non così nel pubblico impiego, ove se alcune attività iniziano ad essere svolte da una amministrazione al posto di un'altra, i dipendenti non vengono licenziati ma «passano» all'ente che si occupa di quelle attività con tutte le conseguenze negative e positive del caso.

Similmente è da adattare l'espressione «trasferimento d'attività» che se nel privato ha dato la stura ad una serie di interpretazioni soggettive (da parte dell'imprenditore) e oggettive (dal lato di ciò che è attività) nel pubblico impiego è anche soltanto la delega di esecuzioni.

Va da sé che l'alea connessa alla lettura dell'art. 31 del decreto n. 165 si riflette in senso direttamente proporzionale nei poteri del giudice, libero di determinare di volta in volta l'entità minima che il trasferimento deve assumere affinché possa essere sussunto nella norma.

L'art. 31, a differenza dell'art. 62 del decreto 29 del 1993 concepisce il trasferimento non limitato alle società private ma esteso ad «altri soggetti pubblici o privati».

Il trasferimento può quindi corrispondere a vicende del tutto eterogenee: da un riassetto di amministrazioni pubbliche appartenenti allo stesso o diverso comparto (semplice snellimento, complessiva riorganizzazione, finanche estinzione) alla cessione da parte del pubblico di talune attività in quanto estranee ai suoi scopi istituzionali, oppure perchè affidate a un soggetto terzo secondo diverse modalità come nel caso di conduzione dei servizi pubblici locali.

## 10.2. Le deroghe alla regola generale

L'art. 31 del decreto n. 165/2001 fa salve eventuali «disposizioni speciali, conferendo natura di disciplina generale alle conseguenze connesse dalla norma in caso di modificazione soggettiva del datore di lavoro di dipendenti pubblici (e sempre che non sia prevista una normativa specifica dal punto di vista dei soggetti, dell'oggetto o di entrambi).

Infatti, per le cessioni di una certa importanza sono tendenzialmente state introdotte regole ad hoc. Si pensi da un lato alle grandi privatizzazioni quali ferrovie, poste, servizi telefonici, enti creditizi; dall'altro lato ai più rilevanti trasferimenti di funzioni dallo Stato a Regioni ed Enti locali, dalle Regioni agli Enti locali (es., L.r. Emilia-Romagna 22 febbraio 2001 n. 5, sulla «disciplina dei trasferimenti di personale regionale a seguito di conferimento di funzioni» a Province, Comuni e camere di commercio).

L'art. 31 contiene una deroga alle regole generali non solo da parte della legge ma anche da fonti di rango secondario. Il termine «disposizioni» consente di estendere il regime dianzi descritto.

Tuttavia si ritiene che le norme sottordinate debbano possedere i requisiti della generalità e della astrattezza, pena la violazione dell'art. 3 della Costituzione a fronte di medesime situazioni.

Naturalmente, in applicazione dei criteri di gerarchia tra le fonti, nel caso in cui la norma speciale nulla disponga a riguardo o in deroga, a taluni profili di regolamentazione (ad es. per lo svolgimento di procedure sindacali che devono accompagnare il trasferimento) si riepande l'ambito di applicazione della norma generale, così da garantire il minimo di garanzie previste dalle norme del diritto del lavoro.

## 10.3. La legge n. 244/2007: ipotesi speciali di trasferimento di attività

Date le premesse, possiamo pacificamente ricomprendere nella categoria “trasferimento di attività” i casi di costituzione di società o enti, o la partecipazione delle amministrazioni in società, consorzi o altri organismi, anche a seguito di processi di riorganizzazione, trasformazione o decentramento (art. 3, comma 30 della legge n. 244/2007), nei limiti previsti dal precedente comma 27 della legge

finanziaria per il 2008.

La norma si applica a tutte le amministrazioni che decidano di gestire i servizi in house o non in house, mediante società neocostituite o partecipate. La sopravvivenza dell'ente pubblico è qui garantita, essendo oggetto del trasferimento solo attività, singole o plurime, prima svolte dall'amministrazione.

La diatriba in merito alla estensione delle regole della cessione anche al settore pubblico può dirsi risolta a favore della convergenza. Certo vi è una irresistibile attrazione a considerare la disciplina del settore pubblico, una disciplina speciale ma nel caso di specie non si può sostenere.

Diversamente si creerebbe un contrasto con gli istituti della mobilità di cui agli articoli 33 e 34 del decreto 165 oltre che la possibilità, neppure così residuale, che i dipendenti preferiscano rimanere presso l'ente pubblico piuttosto che emigrare verso un datore di lavoro privato a tutti gli effetti.

Ciò non esclude, come peraltro di frequente si verifica, la legittimità dell'eventuale scelta del datore pubblico di lasciare ai singoli lavoratori coinvolti l'opzione di restare alle proprie dipendenze, ma se l'amministrazione conceda tale facoltà è perchè dall'esame della dotazione organica, strumentale e finanziaria ciò è possibile, pena la responsabilità del dirigente.

Questa le regola generale, con gli automatismi derivanti dall'art. 2112 c.c., i problemi sono nati con la finanziaria del 2008 in cui al trasferimento non è associata la cessione del contratto che, invece, dipende dalle scelte dell'ente, da adottare secondo prassi sindacali di tipo partecipativo con tutte le difficoltà (ad esempio riguardo al numero dei dipendenti ed alle condizioni della cessione) e lungaggini connesse alle trattative.

Inoltre, poiché la scelta del numero di dipendenti da trasferire è svolta dall'ente a posteriori, dunque a prescindere dalla dimensione e dalla natura dell'attività trasferita, non si fa fatica a prevedere il contenzioso sui criteri utilizzati dal datore. In particolare la legge (art. 3 co. 30) parla di trasferimenti che debbono avvenire «in misura adeguata» rispetto alle funzioni che pur rimanendo nella titolarità dell'ente pubblico vengono esercitate con la formula dell' in house o della partecipazione.

Nello spazio lasciato alla discrezionalità del datore è naturale che si insinuì il

giudizio delle associazioni dei lavoratori.

Senza contare che se il trasferimento non è automatico e quindi siamo fuori dalle previsioni dell'art. 31 del decreto 165, si applica la disciplina prevista dal codice civile agli articoli 1406 e seguenti con la necessità che il lavoratore esprima il proprio consenso, in qualità di contraente ceduto, alla cessione del contratto al nuovo datore di lavoro.

Se il consenso del ceduto è indispensabile può accadere che la società «esterna» che conti sul personale da trasferire non si costituisca affatto; mentre se un nucleo di personale c'è già e se i dipendenti pubblici si rifiutano di traghettare verso il nuovo organismo vi sarà necessità di assumere personale, con eccedenza per l'ente cedente, e creazione di nuovi centri di spesa.

Gli ostacoli qui delineati rendono indispensabile il ruolo attivo del sindacato nel trasferimento dell'attività: in tale prospettiva quanto prescritto dal comma 30: «sentite le organizzazioni sindacali

per gli effetti derivanti sul personale» non deve rimanere una semplice indicazione ma far parte di una procedura consolidata.

La partecipazione delle associazioni datoriali assume un ruolo importante nella prospettiva del rinvigorimento degli stessi poteri affermato nella Riforma Brunetta.

La mobilità o il trasferimento rientrano, infatti, nei poteri di microrganizzazione che nel 2009 sono stati riconsegnati al datore di lavoro pubblico, per tale motivo è opportuno tracciare i luoghi delle relazioni sindacali di amministrazione dove non è prevista contrattazione, secondo le discipline dei contratti collettivi.

In particolare spetta all'amministrazione la scelta organizzativa e gestionale relativa alla costituzione/partecipazione alla società, l'individuazione delle attività o servizi da trasferire e la misura adeguata delle quote e dei bacini di personale oggetto dell'operazione.

Spetta, invece, al sindacato - ai sensi dell'art. 47 legge n. 428/1990 - in sede di contrattazione integrativa prevedere «le implicazioni in ordine alla qualità del lavoro ed alle professionalità dei dipendenti in conseguenza delle innovazioni degli assetti organizzativi, tecnologiche e della domanda di servizi», e in sede di consultazione in occasione del «trasferimento di attività» - occuparsi degli

effetti derivanti dalla cessione sui rapporti di lavoro e delle misure utili a temperare l'impatto del trasferimento dei dipendenti.

Tra l'altro la presenza del sindacato si rivelerebbe particolarmente utile nei casi in cui, fuori dall'ipotesi del trasferimento automatico, occorresse (secondo lo schema dell'istituto della cessione del contratto) il consenso del lavoratore nella sua qualità di contraente ceduto. In questo caso la raccolta dei consensi a mezzo dell'associazione potrebbe determinare il passaggio condiviso di un certo numero di persone e a svolgere pienamente il ruolo affidatogli dalla legge, cioè di mediatore tra le esigenze dell'amministrazione e quelle dei lavoratori nell'ottica della efficienza.

#### **10.4. Le politiche per il lavoro nelle società pubbliche**

L'analisi delle politiche del lavoro nelle società pubbliche è tema particolarmente importante: da un lato il proliferare di detti organismi è dovuto alla volontà degli amministratori di esternalizzare molte attività, consentendo l'alleggerimento dei bilanci dai relativi oneri; dall'altro i problemi e le possibili distorsioni connessi alla gestione in forma privatistica di funzioni e servizi sono il motivo per cui la giurisprudenza ha cercato di qualificare le società de quo in senso pubblicistico.

Lo sforzo ha condotto a più certi risultati in ambito comunitario ove è stata elaborata la figura dell'organismo di diritto pubblico comunitario, così da ottenere la sottoposizione alle procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente.

La normativa in materia è alquanto altalenante, quasi combattuta tra la natura di società di capitali di detta società e le esigenze di evitare qualsiasi forma di aggiramento del dato normativo.

In ultimo si registra una netta preponderanza a favore del percorso di pubblicizzazione non solo per i profili che attengono alla attività ma anche per gli aspetti inerenti l'organizzazione.

In merito al reclutamento, in passato era ritenuto pacifico che la selezione del personale da parte della società a partecipazione pubblica avvenisse secondo logiche privatistiche.

La scelta era dettata dalla stessa natura dell'attività di impresa.

Riteniamo allo stato che il criterio prescelto sia quanto mai debole: lo svolgimento di una attività di impresa non è incompatibile con l'adozione di un sistema di selezione conforme alle regole dell'art. 97 Costituzione.

Infatti, la Corte Costituzionale ha ritenuto legittime le norme regionali che hanno introdotto per le società a capitale interamente pubblico, affidatarie di servizi pubblici, l'obbligo di rispettare le procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente (Corte Costituzionale, 1 febbraio 2006, n. 29).

Come nel caso della privatizzazione del pubblico impiego, è la sezione normativa del Consiglio di Stato del 24 maggio 2010, n. 2415 in ordine allo schema di d.P.R. recante regolamento di attuazione dell'art. 23bis del dl. 112 del 2008, convertito con modifiche, nella l. 133 del 2008, a fornire una esatta descrizione del fenomeno e delle possibili soluzioni che infatti hanno portato ad eleggere per le società partecipate le forme di selezione proprie del pubblico impiego.

Nel caso di detti organismi non si trattava di indagare la coerenza tra il "fine" (di profitto o meno) e l'organizzazione del lavoro come accadde all'alba della "privatizzazione del pubblico impiego". Nel caso che occupa il campo di indagine non è così ampio da includere "mercati differenti": qui il mercato è unico – quello pubblico – e l'unica differenza attiene al fatto che se l'ente eroga atti, la società eroga servizi.

Naturalmente tutte le problematiche qui prese in considerazione riguardano i passaggi della selezione iniziale e le progressioni verticali; i momenti successivi, il cui incipit è dato dall'assunzione, sono assimilabili a quelli regolati dalle leggi del lavoro privato.

Il Legislatore è intervenuto sul punto con l'art. 18 del dl. 112 del 2008, integrato dall'art. 19 del dl. 78 del 2009. La norma, al primo comma, ha previsto che le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottino, con propri provvedimenti, criteri e modalità di selezione e di conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui all'art. 35 co. 3 del D.lgs. 165/2001.

Nel caso di *altre società a totale partecipazione pubblica o di controllo*, il secondo comma dell'art. 18 del dl. 112 del 2008, concede alle stesse di fissare,

con propri provvedimenti, di fissare criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi di consulenza e collaborazione, nel rispetto dei principi di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

La regola stringente di cui al primo comma non è priva di lacune non essendo chiaro se essa si applica soltanto alle società che gestiscono servizi pubblici di rilevanza economica o a tutte le società di gestione di servizi pubblici.

Né è chiaro se i gestori debbano possedere i requisiti *dell'in house providing* che, rappresentando una deroga ai principi comunitari in materia di affidamento di servizi, presuppone: un controllo, da parte dell'ente affidante, analogo a quello esercitato dallo stesso sui propri servizi; che l'affidataria realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano (C. giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*).

Di conseguenza non è chiaro se dette società possano a loro volta essere controllate da altre società pubbliche.

Con riferimento al secondo comma dell'art. 18 del dl. 112 del 2008, che accomuna le società che non gestiscono i servizi pubblici locali, non è chiaro se la previsione possa estendersi anche alle società "miste" cioè a soggetti che gestiscono sia servizi pubblici locali e a soggetti che operano in via strumentale rispetto agli enti locali.

Il comma 3 dell'art. 18 esclude dalle previsioni dianzi indicate le società quotate su mercati regolamentati e le società da esse controllate.

L'art. 18 della dl. 112 del 2008 contiene principi vincolanti anche per la legislazione regionale se si riflette sul fatto che la Corte Costituzionale con la sentenza n. 68 del 2011 ha censurato la legge della Regione Puglia con cui quest'ultima avrebbe consentito l'illegittimo inquadramento, all'interno di società o altre realtà provenienti da società o imprese cooperative, con l'effetto di violare il disposto dell'art. 97 Cost e degli articoli 18 dl 112 del 2008 e 19 del dl 78 del 2009 sull'uso imprescindibile di forme di selezione pubblica.

Altra norma di disciplina dell'assunzione di personale, relativa alle società in house, è l'art. 23bis le cui difficoltà applicative sono rimaste solo a livello teorico in attesa dell'entrata in vigore del regolamento governativo di attuazione, con buona pace dell'art. 18, primo e secondo comma del dl. 112 del 2008.

L'evoluzione in senso pubblicistico è poi confermata dall'art. 7 del d.P.R. n. 168 del 7 settembre 2010, confermato dall'art. 4 co. 17 del dl. 138 del 2011 che, sostituendo l'art. 23bis, ha stabilito che, nel rispetto dell'art. 18 co. 2bis, le società in house e miste che gestiscono servizi pubblici locali di rilevanza economica adottano i criteri di cui al comma 3 dell'art. 35 del D.lgs. 165 del 2001, con il divieto, in fase di prima applicazione, di assumere personale sino alla detta adozione.

Ancora una volta vengono escluse da detti vincoli le società quotate su mercati regolamentati.

#### **10.4.1. Ambito soggettivo di applicazione**

Dato per pacifico che le previsioni in ordine alla assunzione di personale siano applicabili nel caso di contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, nulla il Legislatore riferisce alle "altre" tipologie di contratto che caratterizzano il mercato italiano.

Le soluzioni interpretative sono varie e dipendono in massimo grado dal grado di attuazione che si vuole riconoscere all'art. 97 Cost.

Il principio in esso contenuto non può ritenersi confinato alle assunzioni a tempo indeterminato se si riflette sul fatto che i principi di imparzialità, trasparenza, efficacia e di merito debbano connotare ogni procedura di accesso al lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione.

Lettura conformata dal Legislatore con l'art. 4 co. 17 del dl 138 del 2011, nel solco tracciato dalla *customer's satisfaction* introdotta dal D.lgs. 150 del 2009: in questo quadro la scelta del contratto o la sua durata (inclusendo i conferimenti degli incarichi) sono ininfluenti ai fini della imparzialità e probità che deve connotare l'agire di quanti al servizio di un ente pubblico forniscono beni e servizi ai cittadini.

#### **10.4.2. L'art. 19 co. 1 del dl. 78 del 2009**

La norma in commento, aggiungendo il comma 2bis all'art. 18 del dl. 112 del 2008 ha esteso le regole valide per le amministrazioni in tema di assunzioni di personale, anche alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo, titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici

locali senza gara o che svolgano attività rientranti in quelle delle società che nell'elenco dell'Istat, rientrano nella categoria di soggetti pubblici o a questi assimilati.

In particolare la norma prevede per alcune società pubbliche agli stessi divieti e limitazioni delle amministrazioni pubbliche di riferimento; l'obbligo per le medesime società pubbliche ad adeguare le proprie politiche del personale alle regole valide per le amministrazioni di riferimento, soprattutto con riguardo al contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria del personale e per gli incarichi di consulenza. La norma rimanda poi, ad un Decreto del Ministro dell'economia e della finanza la definizione delle modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società a partecipazione pubblica locale.

Dal punto di vista soggettivo, le previsioni valgono per le società a partecipazione pubblica totale e le società a partecipazione di controllo, titolari di affidamenti di servizi pubblici locali (a rilevanza economica e non) senza gara e le società svolgenti funzioni che soddisfano interessi di carattere generale non industriale o commerciale e le società strumentali ex art. 13 del dl 223 del 2006 ed ex art. 3, co. 27 della l. 244 del 2007.

Per "controllo", la Corte dei Conti (deliberazione n. 14/AUT/2011/QMIG del 29.12.2011) ha chiarito che si intende il caso in cui la società sia partecipata al 100% da un ente pubblico o da più enti pubblici congiuntamente, nonché alle società ex art. 2359 co. 1 nn. 1 e 2 cod. civ..

L'effetto è ovviamente restrittivo, privilegiandosi la partecipazione diretta dell'ente sulla società. Dette società dovranno essere inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione.

Per quanto concerne l'obbligo di adeguare, da parte di queste società, le politiche del personale alle regole valide per le amministrazioni di riferimento, soprattutto riguardo al contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria del personale e per gli incarichi di consulenza, è necessario tener presente l'art. 9 co. 29 del dl 78 del 2010, convertito nella legge n. 122 del 2010.

L'articolo stabilisce che le società non quotate controllate direttamente

o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazioni debbano adeguare le politiche per il personale alle previsioni della stessa norma.

Tra essi ricordiamo, in via esemplificativa del rigore che deve connotare anche detti organismi, il “congelamento” dei trattamenti economici per gli anni 2011-2013.

Per dette società, l'art. 6 co. 11 del dl. 78 del 2010, prevede la trasformazione al principio di riduzione delle spesa per studi e consulenze, relazioni pubbliche etc. Questa ed altre regole (v. art. 76 del dl 122 del 2008) hanno indotto la Corte dei Conti ad elaborare il principio di “non elusione” (dal punto di vista contabile le voci riferite alla spesa per personale tra ente locale e soggetto a vario titolo partecipato vanno rilevate unitariamente) applicabile a tutto il personale delle società partecipate; principio tradotto in regola dall'art. 20 co. 9 del dl 98 del 2011 che modificando l'art. 76 del dl 112 ha precisato i settori tenuti alla riduzione della spesa, escludendo dall'elenco le società quotate su mercati regolamentati.

## Bibliografia

La privatizzazione del pubblico impiego, intesa come contrattualizzazione del lavoro pubblico, non coincide con un altro fenomeno nato nei paesi anglosassoni a partire dalla crisi economica degli anni Ottanta: l'outsourcing (M. BIAGI, continuato da M. TIRABOSCHI, Istituzioni di diritto del lavoro, Giuffrè, Milano, 2007). In merito al concetto di outsourcing A.M. ARCARI, L'outsourcing: una possibile modalità di organizzazione delle attività di servizi, in *Economia & Management*, 1996, n. 4).

Sulla nascita delle società partecipate: C. FRANCHINI, L'organizzazione, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, parte generale*, II ed., Giuffrè, Milano, 2003, 265; M. MAZZAMUTO, La riduzione della sfera pubblica, Giappichelli, Torino, 2000, 77; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Bari, 2002, 22.

Sull'appalto di servizi nella Pubblica amministrazione: F. VERBARO, *Esternalizzazioni e percorsi di riforma nelle amministrazioni pubbliche italiane*, in *DRI*, 2005, 2, 361.

Inoltre: V. SPEZIALE, *Appalti e trasferimento d'azienda*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, 2006, n. 84; P. ICHINO, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, in *Aidlass, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, (Trento, 4-5 giugno 1999), Giuffrè, Milano, 2000, 3; R. ROMEI, *Cessione di ramo d'azienda e appalti*, in *Aidlass, Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, (Trento 4-5 giugno 1999), Giuffrè, Milano, 2000; G. SANTORO PASSARELLI, *Sulla nozione di trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c.*, in *FI*, 2000, I; P. LAMBERTUCCI, *La nozione di trasferimento d'azienda tra diritto comunitario e diritto interno*, nota a Cass. 29 novembre 1996, n. 10688 e Cass. 16 ottobre 1996, n. 9025, in *GC*, 1997, II, 579; M. FREDIANI, *Brevi cenni sul nuovo art. 2112 c.c.*, in *LG*, 2001, 328; G. AMOROSO, *Sulla fattispecie del «trasferimento di parte dell'azienda» al fine dell'applicabilità dell'art. 2112 c.c.*, in *GC*, 2003, 2-3, 346.

F. Cintioli, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010, 6 e ss.; G. Piperata, *L'attualità a proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia*, in LPA, 2009, 3-4, 629 e ss.; D. Florenzano, *Le società delle amministrazioni regionali e locali. L'art. 13 del d.l. 223 del 2006*, Padova, Cedam, 2008, 9 e ss.; G. Napolitano, *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in Dir Amm., 2003, 81 e ss.; M. Clarich, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in Dir. Amm., 2009, 2, 261 e ss.; F. Carinci, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi*, dalla l. 133/2008 alla l. 15/2009, in LPA, 2008, 959 e ss.; M. Libertini, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta* in Contratto e Impresa, 2008, 6, 1201 e ss.; G. La Rosa, *L'organismo di diritto pubblico. La non industrialità nella giurisprudenza*, in Le istituzioni del Federalismo, 2007, 2, 293 e ss.; M. Robles, *Alla strenua ricerca dell'organismo di diritto pubblico: ragioni (antiche) di (attuale) incertezza*, in Riv. Trim. App. 2006, 1, 150 e ss.; F. Patroni Griffi, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in Servizi pubblici e appalti, 2006, 1, 27 e ss.; G. Morbidelli, *In tema di art. 29 legge 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), pubblicato il 2.3.2010; S. Buzzacchi, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza nel sindacato della Corte Costituzionale*, in Le Regioni, 2006, 797 e ss.; C. Tassarolo, *Le assunzioni del personale da parte delle società a partecipazione pubblica*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it); C. Rapicavoli, *L'affidamento dei servizi pubblici locali. Il regolamento attuativo – d.p.r. 7 settembre 2010, n. 168. La gara a doppio oggetto*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2010, 10; F. Scura, *La "nuova" disciplina dei servizi pubblici locali nella manovra di ferragosto* in [www.tessarolo.it](http://www.tessarolo.it); G. Guzzo, *I spl di rilevanza economica dopo il restyling del d.l. 138/2011. "nuove" regole e vecchie questioni* in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 7-8, 2011; A. Vigneri, *La disciplina dei servizi pubblici locali nel nuovo quadro normativo*, in [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it), 15 ottobre 2011; G. Piperata, *L'attualità a proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia*, in LPA, 2009, 3-4, 647 ss.; A. Manetti, *Sul personale enti locali e partecipate parlano due lingue diverse*, in Italia Oggi, 10 giugno 2011; S. Pozzoli, *Manovra finanziaria (dl 98/2011) e società partecipate dagli enti locali*, in Azienditalia, 2011, 8; A. Barbiero, *Le problematiche inerenti l'assoggettamento delle società partecipate al patto di stabilità interno in rapporto al reclutamento di risorse umane*, in [www.tessarolo.it](http://www.tessarolo.it), 20 gennaio 2011.





# Conclusioni

di **Olimpio Stucchi e Nicola Petracca**

## **Le esigenze organizzative del DLGS 150 e le esigenze di crescita nel DDL AS 3249**

Un'ultima riflessione si impone poiché nelle more della redazione della presente miscellanea ha visto la luce il DDL AS 3249.

Nonostante al pubblico impiego il disegno di legge dedichi solo una norma, il cambiamento di rotta è talmente evidente da imporre alcune riflessioni sia di natura strutturale che contenutistica.

In particolare, le riforme che riguardano il pubblico impiego sono prevalentemente di due tipi: quelle strutturali e quelle de relato.

Le prime, per intenderci, sono quelle specificamente dedicate; le seconde come quella del DDL AS 3249 affrontano il tema del pubblico impiego in un'ottica de iure condendo.

A ben guardare i due provvedimenti rappresentano l'estrinsecazione dei diversi approcci al tema del lavoro pubblico: la privatizzazione e la contrattualizzazione.

Non ci addenteremo, per motivi di opportunità sulle dissertazioni riguardanti quale delle categorie concettuali dianzi nominate sia quella più calzante per il settore pubblico.

Pur aderendo alla teoria della contrattualizzazione, ciò che si intende mettere in evidenza è la riprova, ennesima, delle differenze ontologiche tra il settore pubblico e il settore privato e dell'immobilismo che attanaglia il primo, a causa dello stato dei conti pubblici.

## **La Legge Delega n. 15 del 2009 e il D.lgs n. 150 del 2009**

Cominceremmo dall'ultima vera riforma strutturale che ha interessato il pubblico impiego, costituita dalla legge delega 4 marzo 2009, n. 15 e dal suo decreto

di attuazione, n. 150 del 27 ottobre 2009.

La Riforma Brunetta, letta nella sua totalità, con le innovazioni e le debolezze che di fatto ne hanno decretato la cristallizzazione, in attesa di idonee risorse ha rappresentato uno sforzo organico per “privatizzare” la Pubblica Amministrazione dal punto di vista organizzativo.

L'idea sottesa al progetto era di dotare l'organizzazione pubblica delle stesse logiche che reggono un'azienda privata e le priorità nella costruzione del nuovo impianto sono tutte nell'indice della legge, i cui primi articoli sono dedicati alla valutazione delle performances (a vari livelli) e al regime premiale, per poi passare ad occuparsi della dirigenza, che nell'ottica del legislatore è il fulcro per far funzionare il sistema. Ed è solo nel Capo IV che troviamo le norme dedicate alla contrattazione collettiva nazionale ed integrativa, per poi finire con il Capo V, contenente le sanzioni disciplinari e il regime di responsabilità dei dipendenti pubblici.

Pur nelle contraddizioni rilevate nell'ordine delle fonti normative, la misurazione, valutazione ed infine il premio per il raggiungimento degli obiettivi, rappresentano la vera novità della legge delega e poi del decreto e nonostante ad attuarla, seppur parzialmente, siano stati gli enti locali, si è assistito al tentativo di cambiare l'approccio al lavoro pubblico.

In particolare si è considerato che se il lavoro ha un valore allora è misurabile e il fatto che la prestazione sia inserita in un mercato che prescinde dal fine di fare profitto non vuol dire che quel lavoro non sia misurabile, valutabile e premiabile.

Certo è stato necessario superare anche i vecchi concetti del New Public Management, si è dovuto fare lo sforzo di mettere per legge il cittadino al centro del sistema e certo le incongruenze non sono mancate.

Ne è prova quella norma sulla trasparenza totale (art. 11 D.lgs. n. 150 del 2009), di immediata applicazione sia per le amministrazioni centrali che per quelle periferiche, che priva di selezione per la scelta dei dati da rendere accessibili agli utenti, di fatto rende impossibile qualsiasi consultazione. Ma la circostanza non adombra la considerazione iniziale.

La portata della Riforma Brunetta è stata dirimpente: lo dimostrano i numerosi enti pubblici locali che nonostante gli articoli 16 e 31 del D.lgs. n. 150,

hanno prontamente redatto il Piano della Performance, si sono posti il problema della valutazione, hanno per la maggior parte introdotto gli Organismi Indipendenti di Valutazione.

Certo, vi è da dire che già il TUEL prevedeva strumenti simili; dunque per le amministrazioni periferiche è stato relativamente semplice travasare dati e informazioni già in circolo nel patrimonio genetico dell'ente.

Tuttavia, non ci sentiamo di sminuire un'operazione che ha messo in risalto la vera difficoltà di applicare la Riforma Brunetta e cioè un rovesciamento dei ruoli e delle priorità. Pur ammettendo che molti principi erano contenuti in leggi precedenti e che per il funzionamento occorreva definire quando e quomodo dei poteri dirigenziali, non c'è dubbio che nel 2009 si è tentato di compiere una vera e propria rivoluzione copernicana.

Gli esiti, col senno di poi, più che traditi, non si sono rivelati in attesa di una finanza pubblica che consenta l'attivazione di un serio sistema che, valorizzando il merito, riesca a rinvigorire il senso di appartenenza, un tempo derivato dalla immedesimazione organica del dipendente con l'ente.

La riforma Brunetta, l'ultima di natura strutturale in termini cronologici, affronta dunque il problema dell'organizzazione su un piano micro, ossia sul piano degli adempimenti che un ente deve compiere e far rispettare perché la sua azione e dunque i servizi resi ai cittadini, utenti finali, sia efficiente, efficace ed economica.

Non si occupa infatti dei singoli contratti ma della contrattazione, definendone gli ambiti rispetto alla legge, né tanto meno affronta il problema organizzativo macro cioè quello della spesa pubblica o delle funzioni delle amministrazioni pubbliche, tentando al contrario di creare un mercato fittizio con regole che hanno un senso all'interno di un ente, con la consapevolezza di dover convivere con una tara invincibile quale è il vincolo della finanza pubblica.

## **DDL AS 3249**

Per quanto concerne il DDL 3249, esso appare come una riforma del lavoro pubblico mediata. A renderne evidente la natura è la lettera dell'art. 2 che stabilisce espressamente che le disposizioni (ove non espressamente previsto come,

ad esempio, nel caso del lavoro accessorio, art. 11), costituiscono “principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni”.

Per comprendere appieno l’impatto che la riforma avrà sul mercato del lavoro pubblico (considerando l’intervento del Ministro per la amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative), è illuminante la relazione illustrativa al provvedimento che esordisce affermando che «il disegno di legge recante “Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita” mira a realizzare un mercato del lavoro dinamico e inclusivo, idoneo a contribuire alla crescita e alla creazione di occupazione di qualità, ripristinando allo stesso tempo la coerenza tra la flessibilità del lavoro e gli istituti assicurativi».

L’affermazione dimostra come il disegno di legge sia stato concepito per il settore privato, invocato dai datori di lavoro a fronte della crisi finanziaria e della insostenibilità del costo del lavoro.

Da qui l’esigenza di nuove regole per la flessibilità in uscita, l’incentivo al ricorso all’istituto contrattuale dell’apprendistato, la previsione di nuove forme di tutela per il lavoratore anche temperando le esigenze della vita familiare.

Il disegno di legge, nel rispetto della tradizione legislativa, dopo le premesse con le disposizioni generali (artt. 1 e 2), affronta i temi delle fattispecie contrattuali, della disciplina in tema di flessibilità in uscita e tutele del lavoratore, degli ammortizzatori sociali, tutele in costanza di rapporto di lavoro e protezione dei lavoratori anziani, delle ulteriori disposizioni in tema di mercato del lavoro, delle politiche attive e servizi per l’impiego e dell’apprendimento permanente e della copertura finanziaria.

Va da sé che l’impianto mostra l’attenzione ad un problema, tra gli altri quello della crescita e della sicurezza sociale, che poco interessa al datore di lavoro pubblico e ai suoi dipendenti.

Certo ci si chiede cosa sarà mutuato e se l’operazione di trasposizione sarà fatta e in che termini.

Scorrendo la lista delle tipologie contrattuali prese in esame: contratti a tempo determinato, contratto di inserimento, apprendistato, lavoro a tempo parziale, lavoro intermittente, lavoro a progetto, altre prestazioni lavorative rese in re-

gime di lavoro autonomo, associazione in partecipazione con apporto di lavoro, lavoro accessorio, tirocini formativi, è evidente che l'attenzione maggiore sarà per il contratto a tempo determinato, particolarmente abusato nelle pubbliche amministrazioni stante l'impossibilità di una conversione.

Certo il ribadire la preferenza per il contratto a tempo indeterminato è nel caso del lavoro pubblico, ultroneo (art. 3, modifica art. 1 co. 1 D.lgs 368 del 2001); tuttavia l'inserimento di nuove regole in corrispondenza di contratti a termine ridotti (possibilità di non indicare la causale per il primo contratto a termine inferiore a 6 mesi) e l'applicazione delle regola sulle responsabilità erariali del dirigente potrebbero rappresentare una guida e un valido deterrente per l'utilizzo improprio del contratto.

Per quanto concerne il part-time, il contratto è stato disciplinato per il pubblico impiego nella L. n. 133 del 2008 e nel Collegato Lavoro (art. 16) che, pur nello stretto lasso temporale concesso ai datori di lavoro pubblici per considerare la sussistenza delle motivazioni per cui era stato concesso, mette al primo piano, in linea con il D.lgs. 150 del 2009, le esigenze organizzative dell'ente e non più quelle del dipendente.

Per quanto concerne il lavoro a progetto e le collaborazioni, esse per ovvii motivi non sono fattispecie negoziali flessibili ma centri di costo e, per tale motivo il ricorso è fortemente limitato, dovendo il dirigente, pena l'applicazione del regime di responsabilità a lui riferibili, esercitare le funzioni dell'ente a mezzo delle risorse interne.

L'unica vera novità è rappresentata dal contratto di apprendistato che, in ambito pubblico, a concorso superato, ed essendo un contratto a tempo indeterminato, potrebbe rappresentare lo strumento con cui formare risorse per quel lavoro di qualità di cui ha bisogno anche l'apparato pubblico.

Il confronto tra due impianti mette in rilievo esigenze entrambe figlie dei tempi, ma l'una, quella soddisfatta al tempo della l. delega n. 15 del 4 marzo 2009 e del decreto n. 150 del 27 ottobre 2009, è stata concepita solo per il pubblico impiego, tentando un'operazione antica quale l'osmosi di concetti economici in un settore ove le logiche del diritto amministrativo sono molto presenti nelle scelte gestionali dell'ente.

Si parla non certo dell'esercizio dei poteri datoriali, evidentemente di natu-

ra privatistica, ma della definizione delle risorse economiche da assegnare ai vari uffici, delle piante organiche la cui natura di provvedimenti autoritativi è invincibile, ma è pur vero che anche a livello micro la Riforma Brunetta ha considerato non lo strumento ma l'organizzazione in cui lo strumento andava ad operare.

Nella scelta dell'impostazione si coglie la specificità oltre che del provvedimento anche del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e della consapevolezza della *fiction iuris* che regge la "privatizzazione del pubblico impiego".

Nel DDL AS 3249 è invece evidente l'estensione delle regole del mercato del lavoro privato a quello pubblico in linea con la contrattualizzazione del pubblico impiego cominciata 30 anni fa e culminata nel decreto del 1993.

Certamente l'operazione di convergenza è invocata a chiare lettere nell'art. 2 del disegno di legge; tuttavia nel semplice rinvio e nel potere concesso alle parti sociali di decidere ogni aspetto dell'adeguamento ai principi e criteri del disegno di legge, si legge l'intenzione di inserire una clausola di stile, rimandando ad un tempo successivo ogni questione applicativa.

La crescita, un mercato del lavoro dinamico ed inclusivo sono obiettivi che nel settore pubblico non sono certo legati alla scelta di un tipo contrattuale che funzioni da chiave di volta del sistema, ma allo stato dei conti.

Il raggiungimento delle finalità del DDL AS 3249, pur se esteso al lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni è di fatto estremamente arduo a prescindere da un risanamento delle finanze statali. Da questo punto di vista le specificazioni e le modifiche dei vari contratti rappresentano delle opportunità per l'ente, sempre che vengano rispettate certe condizioni, ma certo non quella spinta propulsiva che il DDL dovrebbe avere, nelle intenzioni del Legislatore, per il settore privato.

Le esigenze organizzative una volta soddisfatte (quando il nodo della finanza pubblica diverrà più lento e l'approccio secondo i principi della customer's satisfaction consolidato), possono essere in grado di far crescere il pubblico impiego secondo i criteri ispiratori della Riforma Brunetta.

A quel punto con una organizzazione che funzioni, seppur fittiziamente, con le logiche del mercato del lavoro privato, sarà più realistico affrontare il tema

dell'uso di forme di flessibilità sia organizzativa che in uscita, nonché di tutela in caso di recesso dell'ente dal rapporto di lavoro.

