

IL PUBBLICO IMPIEGO DALLE RIFORME DEGLI ANNI '90 AD OGGI

Giorgio Bolego (*)

Sommario: 1. *Premessa*. – 2. *Il decennio della privatizzazione “spinta”*. – 3. *La legislazione di inizio millennio*. – 3.1. *La c.d. riforma Brunetta e le contropunte della riforma Madia*. – 4. *Alcune differenze tra disciplina del lavoro pubblico e privato*. – 5. *La fase attuale: la quinta riforma (transitoria) della pubblica amministrazione*. – 6. *Considerazioni in riepilogo*.

1. *Premessa*

Il tema delle riforme del pubblico impiego è molto ampio e articolato; cercherò, dunque, di focalizzare l'attenzione su alcuni aspetti che ritengo particolarmente significativi non solo in chiave retrospettiva, ma anche prospettica.

D'altro canto, la storia della privatizzazione del pubblico impiego – intesa come estensione delle regole del diritto del lavoro privato ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (1) – è nota. Ha la sua premessa nella legge delega n. 421/1992 e la sua prima attuazione nel d.lgs. n. 29/1993 e successivi decreti correttivi, a mezzo dei quali è stata introdotta una riforma che non ha eguali in altri Paesi europei (2). Tale riforma ha poi subito una significativa modifica ad opera dei c.d. decreti Bassanini del 1997-98 (3); una “codificazione” con l'emanazione del d.lgs. n. 165/2001, successivamente modificato nel 2009 (con la c.d. riforma Brunetta) (4) e nel 2017 (con la c.d. riforma Madia) (5). Da qualche mese si sta ragionando sulla sua ennesima rivisitazione, soprattutto al fine di adeguare l'apparato burocratico alla “messa a terra” delle ingenti risorse stanziare dall'Ue. Quest'ultimo dato, come si cercherà di evidenziare, costituisce l'elemento nuovo e probabilmente qualificante posto che, in questo periodo, l'apparato amministrativo e il personale che lo popola non è visto come impedimento allo sviluppo economico, ma come strumento indispensabile per dare attuazione al Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) (6).

Sta di fatto che la riforma di cui discuteremo in questa “due giorni” è la quinta riforma della pubblica amministrazione italiana in trent'anni. Cinque riforme, dunque, anche diverse per ampiezza, profondità, coerenza delle modifiche apportate, ma tutte collocabili sulla linea della privatizzazione-contrattualizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, la quale, in definitiva, si regge sull'idea di fondo che il privato funziona comunque meglio del pubblico. Da tale considerazione è nato un indirizzo generale, quello del *new public management*, che ha impattato sul sistema della pubblica amministrazione nella misura in cui si sono portati – o si è cercato di portare – i criteri di funzionamento delle aziende private all'interno degli apparati che sono comunque rimasti pubblici. La privatizzazione, infatti, non ha agito sulla figura del datore di lavoro pubblico, ma sulla disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (7).

Detta privatizzazione, peraltro, non ha avuto un andamento lineare, ma parabolico anche in ragione delle diverse risposte fornite agli interrogativi da sempre presenti: come si fa a tutelare l'interesse pubblico attraverso lo strumento negoziale che, per sua natura, mette a confronto gli interessi particolari dei soggetti contraenti? (8) Come si fa a “realizzare la logica d'impresa quando il datore di lavoro è frequentemente dalla stessa parte dei dipendenti” (9). È possibile fare impresa laddove ci si limita a fingere che il mercato ci sia? (10).

(*) Professore ordinario di diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Trento e Presidente di Aprna-Agenzia provinciale per la rappresentanza negoziale.

(1) In tal senso, v. M. Rusciano, *Privatizzazione del pubblico impiego e unificazione normativa del lavoro*, in A. Lettieri (a cura di), *Ripensare il sindacato*, Milano, Angeli, 1988, 213 ss.

(2) Cfr. F. Carinci, *Contrattazione e contratto collettivo nell'impiego “privatizzato”*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2013, 493; sulle ragioni di tale radicale riforma in Italia, v. M. D'Antona, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle “leggi Bassanini”*, in F. Carinci, M. D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal d.lgs. n. 29/1993 ai d.lgs. n. 396/1997, 80/1998 e 387/1998. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2000, XLV.

(3) Si tratta dei d.lgs. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998; per un'analisi complessiva di tale riforma, v. F. Carinci, M. D'Antona (diretto da), *op. cit.*

(4) Per una dettagliata analisi di tale riforma, v. F. Carinci, S. Mainardi (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico. Commentario al d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, aggiornato al “collegato lavoro”*, Milano, Ipsoa, 2011.

(5) Per quest'altra riforma, v. G. Ricci, F. Di Noia, *Relazioni sindacali e contrattazione collettiva nel settore pubblico dopo la riforma Madia e i rinnovi contrattuali*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2017, 327.

(6) Cfr. N. Zucaro, *Pubblica amministrazione: la svolta e i rischi*, in <www.eticapa.it>, 26 marzo 2021; nonché E. Giovannini, *Risorse umane chiave nel Pnrr*, in *Avenire*, 16 maggio 2021.

(7) In tal senso, v. A. Bellavista, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, 129.

(8) G. Beato, *Le carenze di sistema del lavoro pubblico privatizzato: opinioni e vicende*, in <www.eticapa.it>, 2 marzo 2018.

(9) G. Amato, *Impiego pubblico fra malessere e inefficienza*, in A. Lettieri (a cura di), *op. cit.*, 153.

(10) R. Del Punta, *Diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2020, 12^a ed., 39.

Questi problemi erano ben presenti ai teorici della riforma (Franco Carinci e Massimo D'Antona in testa), i quali avevano anche ideato i modelli per stabilire ragionevoli punti di bilanciamento. Tuttavia, la prassi affermata negli anni successivi ne ha ridimensionato le aspettative e porta ora a guardare con scetticismo gli effetti della privatizzazione (11).

2. Il decennio della privatizzazione "spinta"

Gli studiosi che hanno scritto sull'evoluzione normativa del pubblico impiego evocano l'immagine del "cantiere aperto", di cui non si conosce ancora l'opera realizzata, anche in ragione del movimento pendolare dell'interventismo legislativo che ha caratterizzato le varie fasi.

Eppure, i principi guida della contrattualizzazione del pubblico impiego non sono cambiati: efficienza, razionalizzazione del costo del lavoro, miglior utilizzo delle risorse umane costituiscono gli obiettivi della riforma e da quasi trent'anni risultano scolpiti nell'art. 1 del t.u. sul pubblico impiego.

V'è da dire, peraltro, che il periodo della privatizzazione "spinta", volta a portare l'intero mondo del lavoro sotto l'egida del diritto privato (12), è durato poco poiché, come da più parti rilevato, solo il decennio 1992-2003 può essere ricordato per la realizzazione del progetto di privatizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, portando a compimento la delega contenuta nella l. n. 421/1992 (13).

In relazione a quel decennio è possibile affermare che alcuni obiettivi sono stati pienamente raggiunti: 1) la contrattualizzazione del rapporto di lavoro, con tutto ciò che ne consegue in relazione alla fase di costituzione, gestione e cessazione del rapporto di lavoro con atti negoziali anziché amministrativi; 2) il trasferimento della giurisdizione sul rapporto di lavoro pubblico dal giudice amministrativo al giudice del lavoro; 3) il passaggio dell'intera tematica dall'ambito dello studio dei cultori del diritto amministrativo a quello proprio dei giuslavoristi. Si tratta di tre variazioni importanti rispetto alla disciplina pubblicistica precedente, poiché nel ricostruire una materia dal punto di vista giuridico risulta essenziale sia il modo di regolare le controversie, sia l'impostazione seguita nello studio della stessa. I principi del diritto civile sono diversi da quelli del diritto amministrativo, così come diverse sono le posizioni giuridiche soggettive, il modo di affrontare e istruire i processi e di assumere le decisioni nella giurisdizione ordinaria rispetto a quella amministrativa.

Tuttavia, come è stato rilevato (14), mentre avveniva il passaggio di mano del pubblico impiego si verificavano ulteriori cambiamenti, estranei come tali al processo che si sta esaminando, ma che su di esso hanno lasciato un segno importante: la precarizzazione della dirigenza (attraverso l'introduzione di meccanismi di *spoils system*); l'aumento dei lavoratori precari ai livelli inferiori; la creazione di una vasta area di lavoro para-pubblico.

Il primo di tali cambiamenti, favorito dall'estensione della logica privatistica anche alla dirigenza pubblica, con l'introduzione della distinzione tra contratto di lavoro a tempo indeterminato e incarico dirigenziale a termine, ha finito per accentuare la dipendenza dalla politica dei livelli superiori dell'impiego pubblico, con buona pace di un altro principio ispiratore della riforma: la separazione tra politica e amministrazione (15).

La diffusione del precariato, attraverso il ricorso massivo ai contratti di lavoro flessibile, invece, ha portato al reclutamento discrezionale e caratterizzato da un uso disinvolto della disciplina del codice civile e delle leggi speciali in materia di lavoro, che consentivano al datore di lavoro pubblico di utilizzare un'ampia gamma di tipologie contrattuali flessibili senza incorrere nel rischio della trasformazione in contratto di lavoro normale. Al riguardo, si segnala che l'attuale art. 36, c. 5, d.lgs. n. 165/01 è stato introdotto nel 1998, con il d.lgs. n. 80.

Un terzo cambiamento ha riguardato il proliferare delle società a partecipazione pubblica: le amministrazioni, messe nell'impossibilità di assumere per ragioni di contenimento della spesa pubblica, hanno costituito un vasto apparato di società o fondazioni definite pubbliche (perché non stanno sul mercato), che occupano centinaia di migliaia di persone (dipendenti, dirigenti, presidenti e consiglieri d'amministrazione). Inizialmente tali lavoratori sono stati assunti senza concorso e stavano fuori dai rigori della spesa con i quali si confrontano quotidianamente i ministeri e le altre amministrazioni pubbliche "tradizionali". A tale situazione ha cercato di porre rimedio la l. n. 124/2015.

In questo periodo, inoltre, la contrattazione collettiva ha svolto un ruolo relevantissimo sia nell'avvicinamento del pubblico impiego alla disciplina privatistica, sia nel superamento della giungla retributiva generata dalle "leggine" dedicate a singoli settori. Tuttavia, con l'andar del tempo, soprattutto la contrattazione integrativa si è dimostrata poco idonea a stabilire le giuste e adeguate differenziazioni legate al merito. Da ciò la creazione giurisprudenziale del danno

(11) Cfr. C. D'Orta, *L'organizzazione delle PA dal diritto pubblico al diritto privato: fallimento di una riforma*, in *Lav pubbl. amm.*, 2011, 27; S. Cassese, *Dall'impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni: la grande illusione?*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 314.

(12) Secondo l'auspicio di M. Rusciano, *op. cit.*, 214.

(13) Per una puntuale ricostruzione dell'evoluzione storica della disciplina di quel periodo, v. C. Zoli, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro pubblico a dieci anni dalla riforma: oscillazioni e assestamenti*, in M. Cammelli, G. Sciuolo (a cura di), *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni '90, un primo bilancio*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2003, 123 ss.

(14) Cfr. S. Cassese, *Dall'impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., 316.

(15) Critiche allo *spoils system* sono venute da S. Cassese, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modifica costituzionale*, in *Giornale dir. amm.*, 2002, 1341, in aperta critica all'orientamento adottato dalla Corte costituzionale con ord. n. 11/2002.

da contratto integrativo illegittimo, quale reazione della giurisprudenza contabile alle ipotesi di sottoscrizione di accordi decentrati con clausole affette da nullità in quanto in contrasto con i vincoli risultanti dalla contrattazione nazionale (16).

3. La legislazione di inizio millennio

A queste criticità ha cercato di reagire il legislatore del nuovo secolo con una serie di misure che hanno irrigidito il modello gestionale del lavoro pubblico contrattualizzato e, soprattutto, realizzato una sempre più marcata differenziazione dalla disciplina del lavoro privato.

Come rilevato da Franco Carinci, dall'aprirsi del nuovo decennio del secolo, la spinta originaria della privatizzazione – volta a ricondurre l'intero universo del lavoro ad una “casa comune” (17) – “si è esaurita, per lasciare il passo ad una contro-spinta verso una rinnovata diversità di disciplina fra impiego pubblico e lavoro privato” (18). Tale involuzione è avvenuta attraverso una precisa tecnica legislativa sviluppatasi con continuità dalla riforma Biagi in poi: quella di riformare la disciplina per il lavoro privato lasciandola invece invariata per il settore pubblico. Così, il d.lgs. n. 276/2003 ha stabilito che “il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e il loro personale” (19); ma analoghe disposizioni sono contenute nella l. n. 92/2012, nel d.lgs. n. 81/2015 e nel d.l. n. 86/2018, convertito in l. n. 96/2018, così determinando “una sorta di spinta centrifuga che porta riaprire la forbice nella disciplina del lavoro individuale fra impiego pubblico e impiego privato” (20).

D'altro canto, qualcuno prima di altri, agli albori del movimento di privatizzazione, aveva già inquadrato e fissato in maniera sintetica e definitiva la principale criticità immanente alla contrattualizzazione del pubblico impiego: è difficile realizzare la logica d'impresa quando le dinamiche della contrattazione risultano profondamente diverse da quelle che caratterizzano il settore privato. Il singolo dipendente non può negoziare individualmente col datore di lavoro pubblico (21) e le risorse destinate alla contrattazione collettiva vengono stanziare prima (22). Inoltre, in ragione delle difficoltà nel realizzare effettivi incrementi di produttività, nel settore pubblico per premiare il merito è necessaria la costituzione di fondi attraverso i risparmi di spesa derivanti dai pensionamenti: tale meccanismo ha certamente un pregio contabile, in quanto si auto-finanzia; ma ha poco a che fare col merito, posto che il fondo così formato potrebbe risultare insufficiente a premiare quando ci sono i presupposti, ma potrebbe anche premiare troppo (o troppi) quando le risorse sono disponibili (e vanno comunque spese per effetto di una prassi consociativa di fatto).

Si tratta di criticità significative rispetto alle quali il legislatore ha reagito, irrigidendo il sistema e contribuendo alla formazione di quel modello di lavoro pubblico (e di pubblica amministrazione) che è risultata inadeguata a soddisfare le esigenze del periodo pandemico e, ancor meno, quello di auspicata ripresa.

3.1. La c.d. riforma Brunetta e le contropunte della riforma Madia

Nel tentativo di superare tali criticità è intervenuto anche il d.lgs. n. 150/2009, la cui finalità, in estrema sintesi, consisteva nel porre rimedio a quelle che sono state definite le più importanti “storture del sistema, improntate a un eccesso di contrattualizzazione e a una carenza di capacità e di autonomia della dirigenza”, con conseguente passaggio ad un modello caratterizzato da un “ruolo esorbitante della legge” aderendo a una “visione autoritaria ed etero diretta degli apparati burocratici” (23).

In effetti, tra le più importanti innovazioni introdotte dalla c.d. riforma Brunetta si può annoverare: la ri-legificazione di diverse materie, prima negoziabili; l'esplicito riconoscimento dell'inderogabilità delle disposizioni del d.lgs. n. 165/2001 rispetto all'intervento regolatore dell'autonomia collettiva (24); la predeterminazione per legge di alcuni contenuti normativi dei contratti collettivi e ancor più di quelli integrativi (25); la riduzione dei comparti di contrattazione collettiva; la centralizzazione della struttura contrattuale; la farraginosità delle procedure contrattuali anche per

(16) Cfr. V. Tenore (a cura di), *Manuale del pubblico impiego privatizzato*, Roma, Epc, 2015, 3^a ed., 131; sul punto sia consentito rinviare anche a G. Bolego, *Sul danno da contrattazione integrativa nel settore pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2019, 4, 17.

(17) V. *supra*, testo e nota 12.

(18) Così F. Carinci, *Contrattazione e contratto collettivo*, cit., 534.

(19) Così dispone l'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 276/2003.

(20) Così, ancora, F. Carinci, *Contrattazione e contratto collettivo*, cit., 535.

(21) Sul punto, v. A. Boscato, *La specialità del lavoro pubblico. Fonti legali e fonti contrattuali nella progressiva evoluzione del sistema normativo tra organizzazione e disciplina del rapporto di lavoro*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2018, 3, 1.

(22) È una delle principali critiche generalmente rivolte alla peculiare struttura della contrattazione collettiva nel settore pubblico.

(23) Così, A. Garilli, *Breve storia di una riforma incompiuta*, in A. Garilli et al., *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la riforma Madia*, Milano, Wolters Kluwer, 2018, 1 ss.

(24) L'inderogabilità con sostituzione automatica delle clausole difformi, senza determinare la nullità dell'intero contratto collettivo ai sensi degli artt. 1339 e 1419, c. 2, c.c. si riferisce ai seguenti casi: remunerazione del merito e tipologia dei premi (art. 29 d.lgs. n. 150/2009; violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti alla contrattazione integrativa da norme legali e dalla contrattazione nazionale (art. 54 d.lgs. n. 150/2009); disciplina e procedimento disciplinare (art. 68 d.lgs. n. 150/2009).

(25) Tra le disposizioni in questione, l'obbligo di prevedere almeno tre aree funzionali per il sistema di classificazione, le progressioni di carriera solo per concorso pubblico, l'accesso dall'esterno per le posizioni apicali, la destinazione alla premialità individuale di una quota prevalente nella contrattazione collettiva integrativa, i criteri predefiniti per legge per le progressioni orizzontali.

effetto dell'abrogazione del termine massimo con un possibile incremento della durata delle trattative; il venir meno dell'autorizzazione del Governo per la sottoscrizione da parte dell'Aran dei contratti collettivi, con un deciso rafforzamento del ruolo della Corte dei conti (26); il rafforzamento delle p.a. e dei dirigenti in virtù di meccanismi atti a superare eventuali stalli negoziali dei contratti collettivi nazionali di comparto e di quelli integrativi (27).

Tali misure, peraltro, sono state in larga parte neutralizzate dal blocco della contrattazione collettiva introdotto dal d.l. n. 78/2010 e reiterato nei cinque anni successivi sino al pronunciamento della Corte costituzionale con la nota sentenza n. 178/2015 (28). Infatti, solo a cavallo tra il 2017 e il 2018 sono stati sottoscritti i contratti collettivi nazionali relativi ai quattro nuovi comparti in cui è ripartita la p.a. dopo il contratto collettivo nazionale quadro stipulato in sede Aran il 13 luglio 2016; il c.c.n.l. 23 dicembre 2017, Funzioni centrali; il c.c.n.l. 21 febbraio 2018, Funzioni locali; il c.c.n.l. 8 febbraio 2018, Istruzione e ricerca; il c.c.n.l. 23 febbraio 2018, Sanità.

Tali rinnovi contrattuali, inoltre, hanno subito l'influenza dell'intesa Governo-sindacati del 30 novembre 2016, sottoscritta dopo l'emanazione della legge delega, ma prima dell'emanazione dei decreti delegati. Con tale intesa, infatti, il Governo ha assunto specifici impegni in ordine alle modifiche da introdurre rispetto alla riforma Brunetta. In particolare, nella rubrica "Relazioni sindacali" vi è un'esplicita dichiarazione di *policy* circa la futura regolamentazione finalizzata a: "rivedere gli ambiti di competenza, rispettivamente della legge e della contrattazione, privilegiando la fonte contrattuale quale luogo naturale per la disciplina del rapporto di lavoro"; sviluppare la partecipazione sindacale nei nuovi contratti collettivi; riformare, limitandolo, l'atto unilaterale motivato delle amministrazioni sottoponendolo a ulteriori condizioni e limiti temporali rispetto alla disciplina allora vigente.

Di conseguenza, in relazione al d.lgs. n. 75/2017, la prima modifica da considerare concerne la novellazione dell'art. 2, c. 2, d.lgs. n. 165/2001, che determina un significativo cambio di rotta rispetto alla riforma Brunetta riportando la disciplina al suo spirito originario: se a partire dal 2009 era la singola disposizione legislativa a poter prevedere "volta per volta" la derogabilità ad opera dell'autonomia collettiva, con la riforma Madia la derogabilità è disposta in via preventiva e generale: a) in tutte le materie affidate alla contrattazione collettiva ai sensi dell'art. 40, c. 1; b) nel rispetto dei principi stabiliti dal d.lgs. n. 75/2017; c) ad opera del c.c.n.l., malcelando così la diffidenza del legislatore nei confronti della contrattazione integrativa. Così la contrattazione collettiva nazionale è stata legittimata, quanto meno potenzialmente, a svolgere una funzione incisiva nella regolazione dei profili collettivi e individuali del rapporto di lavoro, con una forte attenuazione dei vincoli imposti dalla etero-regolamentazione.

V'è comunque da dire che le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 75/2017 non stravolgono l'impianto ridisegnato nel 2009; piuttosto, intervengono su alcune delle criticità emerse nella sua fase applicativa. Infatti, le modifiche più incisive riguardano il tema del rapporto tra legge e contrattazione collettiva, con un ritorno alla prevalenza di quest'ultima; tuttavia, sul piano dell'autonomia collettiva, l'assetto dei livelli non ne esce scalfito, risultando confermata la predominanza della contrattazione collettiva nazionale, alla quale viene peraltro assegnato il compito di intervenire su alcune materie (ad esempio, con l'art. 40, cc. 4-*bis* e 4-*ter*, si prevedono clausole di contrasto all'assenteismo e di razionalizzazione dei fondi per la contrattazione integrativa).

Va inoltre segnalata, dopo la tornata dei rinnovi contrattuali del 2018, l'attribuzione di ampie funzioni alle organizzazioni sindacali a livello aziendale soprattutto in materia di relazioni sindacali allorché – quale limite al potere unilaterale del datore di lavoro – oltre all'informazione, sono state introdotte ulteriori forme di partecipazione sindacale: il confronto e l'istituzione di organismi paritetici per l'innovazione.

Si tratta di istituti importantissimi mediante i quali le organizzazioni sindacali possono fornire indicazioni in merito alle soluzioni adottabili, ma che presentano anche il rischio di assoggettare il potere decisionale del dirigente-datore di lavoro all'atteggiamento interdittivo delle rappresentanze sindacali a livello aziendale (29).

In estrema sintesi, se è possibile apprezzare alcune delle modifiche apportate dal legislatore della quarta riforma, sarebbe un'ingenuità ritenere risolte tutte le criticità che caratterizzano il sistema dei rapporti collettivi e individuali nel lavoro pubblico, così come non si può mancare di rilevare le differenze rispetto al settore privato, ove il ruolo della contrattazione aziendale è ampiamente valorizzato anche in chiave derogatoria alle disposizioni di legge e di contratto collettivo nazionale (cfr. art. 8 l. n. 146/2011) (30).

(26) Infatti, al giudice contabile è riconosciuto un potere di controllo che rasenta il merito delle clausole contrattuali con un potere interdittivo per la stipulazione dei contratti collettivi nazionali di comparto.

(27) In ordine a tali aspetti v. C. Zoli, *La struttura della contrattazione collettiva nel settore pubblico*, in L. Fiorillo, A. Perulli (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Torino, Giappichelli, 2013, 162 ss.

(28) Cfr. Corte cost. 24 giugno 2015, n. 178, in *Giur. cost.*, 2015, 1651, con nota di L. Fiorillo, *Contrattazione collettiva e lavoro pubblico: una nuova interpretazione sistematica della Corte costituzionale*; sul punto, v. anche S. Sciarra, *I diritti sociali e i dilemmi della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, I, 183.

(29) Sul punto, v. G. Beato, *op. cit.*, 65.

(30) Riguardo all'aziendalizzazione del sistema dei rapporti collettivi in relazione al settore privato, parla V. Bavaro, *L'aziendalizzazione nell'ordine giuridico-politico del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2013, 213.

4. Alcune differenze tra disciplina del lavoro pubblico e privato

Alla luce del descritto movimento pendolare dell'interventismo legislativo, che ha caratterizzato i trent'anni della riforma, parlare di tendenziale convergenza o, addirittura di unicità dei modelli e dei rapporti di lavoro tra settore privato e pubblico privatizzato, non pare corretto.

Piuttosto, la disciplina vigente mette in luce che il mondo del lavoro risulta caratterizzato dalla compresenza di tre modelli: agli estremi si collocano i rapporti di lavoro privato in senso stretto ed i rapporti di lavoro pubblico (c.d. non contrattualizzati (31)); nel mezzo si collocano i rapporti di lavoro alle dipendenze delle p.a.: rapporti di lavoro che risultano sempre meno privatizzati e caratterizzati dal progressivo recupero di elementi tipici del rapporto pubblicistico, anche se, con la riforma del 2017, si è cercato di rivitalizzare il ruolo della contrattazione collettiva, ma senza evitare il rischio di logiche cogestionali di tipo corporativo.

Sotto quest'ultimo profilo, suscita molte perplessità la nuova formulazione dell'art. 40, c. 3-bis, d.lgs. n. 165/2001, che ha superato quella precedente, per effetto della quale occorreva destinare la quota prevalente delle risorse finalizzate ai trattamenti accessori alla *performance* individuale. Così, se si ridimensiona il fin troppo rigido modello di incentivazione etero-imposto dalla riforma Brunetta, fondato sulle tre fasce, ora il rischio è che la descritta quota possa essere destinata in maniera totale o, comunque, nettamente maggioritaria alla *performance* della struttura e alla prassi consociativa che ne deriva.

Resta il fatto che per superare tale prassi sarebbe opportuna una modifica della cultura negoziale attraverso la responsabilizzazione dei differenti soggetti e la reciproca distinzione dei ruoli. Soprattutto, pare imprescindibile incidere sulla distinzione del rapporto politica-amministrazione, ridimensionando il controllo della prima sulla seconda con un ampliamento del ruolo e delle funzioni della dirigenza. Il controllo della politica, infatti, condiziona in misura marcata gli esiti della contrattazione collettiva, sia nazionale, frequentemente utilizzata per acquisire il consenso dei sindacati e dei lavoratori, sia integrativa (32).

In mancanza di un'effettiva autonomia e di un'assenza di condizionamenti da parte della politica nelle sue differenti articolazioni organizzative, il dirigente pubblico, i cui poteri manageriali sono già fin troppo compressi da un coacervo di complesse regole organizzative e procedurali, imposte da un intervento fin troppo penetrante del legislatore, non potrà esercitare pienamente i poteri datoriali, come avviene nel settore privato.

Anche per queste ragioni, il lavoro pubblico privatizzato si configura sempre più diverso rispetto a quello privato in senso stretto (33). Certo, dopo la contrattualizzazione, il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione non è configurabile come rapporto di lavoro speciale (34); nondimeno esso presenta significativi tratti di disciplina speciale, posto che tante e importanti sono le differenze in ragione di quelle norme che più che proteggere i lavoratori pubblici tendono a proteggere l'amministrazione dalle prassi contrattuali o gestionali che incidono sulla spesa pubblica. Faccio solo alcuni esempi. Il lavoro straordinario, nel settore privato, è limitato a fini di tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore; nel settore pubblico, invece, è contingentato per contenere la spesa. In tema di mansioni, nel settore privato vale la regola della promozione automatica in caso di svolgimento di mansioni superiori per più di sei mesi (35); nel pubblico ciò non è possibile e le progressioni verticali sono soggette a procedura concorsuale (36) (sia pur con riserva di posti). L'esercizio del potere disciplinare è discrezionale nel settore privato; in quello pubblico è obbligatorio e va esercitato anche a rapporto di lavoro cessato se la sanzione applicabile è quella del licenziamento (37).

L'impatto di questa diversità di disciplina è emerso con chiarezza in uno degli ultimi convegni in presenza a cui ho partecipato nel 2019 (38). In apertura del convegno il prof. Mattia Persiani ha esordito affermando che nel settore privato siamo afflitti dall'art. 41 Cost. e dal principio edonistico che deriva dalla libertà di iniziativa economica; gli ha fatto eco il prof. Alessandro Bellavista rilevando che nel settore pubblico siamo afflitti dall'art. 97 Cost. e, forse ancor di più, dall'art. 81, che ha costituzionalizzato il vincolo del pareggio di bilancio. Pare difficile trovare un modo più esplicito per marcare le differenze di disciplina tra lavoro nel privato e nel pubblico.

Tale diversità di disciplina ha caratterizzato anche il periodo di emergenza sanitaria, durante il quale se nel settore privato sono state introdotte misure drastiche attraverso regole di carattere generale (chiusura delle attività, blocco dei licenziamenti, intervento degli ammortizzatori sociali), per il settore pubblico sono state fissate regole diverse e ben

(31) Si tratta dei rapporti di lavoro elencati all'art. 3 del d.lgs. n. 165/2001 e che riguardano i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e delle forze di Polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia; il personale del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, il personale della carriera dirigenziale penitenziaria, i professori e ricercatori universitari.

(32) Sul punto, v. G. Ricci, F. Di Noia, *op. cit.*

(33) In tal senso, v. D'Orta, *op. cit.*, 454 ss.

(34) In tal senso, fin dal titolo, A. Boscati, *op. cit.*

(35) Cfr. art. 2103 c.c., come novellato dall'art. 3 d.lgs. n. 81/2015.

(36) Cfr. art. 52 d.lgs. n. 165/2001.

(37) Da ultimo, v. Cass. 5 luglio 2021, n. 18948.

(38) Mi riferisco al Seminario annuale sul tema "Le fonti del diritto del lavoro attraverso la giurisprudenza", Bologna, 21-22 novembre 2019.

più penetranti anche sul piano gestionale (collocazione di tutti i lavoratori in *smart working*, anche con l'utilizzo di propri strumenti tecnologici; utilizzo di ferie e riposi non goduti per il personale addetto alle attività non svolgibili in modalità agile; fino alla messa in disponibilità con retribuzione piena quale *extrema ratio* per i lavoratori non diversamente impiegabili) (39).

A queste diversità si aggiunge la questione sulla quale si sono concentrate le maggiori critiche nei trent'anni di privatizzazione, che attiene al regime giuridico della dirigenza pubblica.

In proposito, il tema centrale riguarda la figura del dirigente-datore di lavoro pubblico in ragione della sua debolezza sia come controparte negoziale (frequentemente scavalcata dai soggetti politici), sia come organizzatore del fattore lavoro, cioè in sede di adozione delle “determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro” (40) (c.d. micro-organizzazione). Quest'ultima, che costituisce la funzione tipica del *manager*, risulta poco approfondita in dottrina per la sua ordinarità e, soprattutto, per la sua dimensione circoscritta alla miriade di vicende interne degli uffici pubblici (41). Ciò non toglie che proprio la micro-organizzazione costituisce l'oggetto privilegiato di frequenti incursioni della controparte sindacale nelle “capacità e poteri del privato datore di lavoro” attribuite ai dirigenti dall'art. 5 del d.lgs. n. 165/2001.

In questo ambito, fino alla revisione operata con il d.lgs. n. 150/2009, lo strumento utilizzato dalla controparte sindacale era costituito dagli “istituti di partecipazione” (art. 9 t.u.), poi declinati dai c.c.n.l. di comparto nelle forme della informazione, consultazione, concertazione. Si tratta di istituti importanti a mezzo dei quali le rappresentanze dei lavoratori possono suggerire o proporre soluzioni innovative e funzionali al miglioramento organizzativo. Tuttavia, nella dinamica delle relazioni sindacali, il momento critico risiede nel loro utilizzo a fini di interdizione delle scelte manageriali – anche le più minute, ma utili e necessarie per il buon funzionamento dei servizi – che in qualche modo trovassero la contrarietà di qualche loro rappresentato. In tali ipotesi, come è stato rilevato, si innesca subito un confronto all'esito del quale al dirigente rimane solo la scelta se insistere sulla “micro-decisione” ipotizzata, sapendo in anticipo che il rappresentante sindacale andrà a lamentarsi con il vertice politico, oppure fare acquiescenza per quieto vivere e non mettere a repentaglio il proprio *status* lavorativo.

Questa dinamica, nascosta all'attenzione dei non addetti ai lavori, è capace di condizionare in modo decisivo l'esercizio dei poteri datoriali, l'organizzazione degli uffici pubblici e, quindi, la qualità dei servizi resi all'utenza. Come anticipato, il decreto Brunetta, nel 2009, pose un argine a tale situazione prevedendo il solo obbligo “dell'informazione” sulle determinazioni in parola. Tuttavia, il d.lgs. n. 75/2017 ha reintrodotto la formula delle “ulteriori forme di partecipazione”, puntualmente declinate dai c.c.n.l., nella tornata del 2018, nelle forme del confronto, che potrebbero generare difficoltà all'operare del dirigente in sede di determinazione delle misure micro-organizzative (42).

Non meno impattante risulta il principio della temporaneità degli incarichi, introdotto nell'aprile 1998 con il d.lgs. n. 80 (quello della “seconda privatizzazione”), da cui deriva la separazione fra il rapporto di lavoro del dirigente statale, che rimane a tempo indeterminato, e il “rapporto d'ufficio”, regolato con un provvedimento di conferimento dell'incarico in cui “sono individuati l'oggetto dell'incarico e gli obiettivi da conseguire, con riferimento alle priorità, ai piani e ai programmi definiti dall'organo di vertice” (43). Ancor oggi, sono queste le “regole d'ingaggio” dei dirigenti pubblici di carriera, da cui deriva la differenza tra l'essere dirigente e lo svolgere le funzioni dirigenziali.

Si tratta di un modello certamente diverso dallo *spoils system* del sistema statunitense (che implica la cessazione del rapporto di lavoro); tuttavia, rappresenta una misura che incide sulla stabilità del rapporto di ufficio del dirigente pubblico e sulla continuità del lavoro amministrativo; sicché la garanzia dell'imparzialità delle scelte della pubblica amministrazione è affievolita per la prevalenza dell'orientamento politico. Ciò vale a maggior ragione ove si consideri che il legislatore, con due norme contenute in altrettanti decreti-legge del 2010 e 2011, tuttora vigenti, ha stabilito che al dirigente può essere conferito un altro incarico di livello inferiore, “anche in assenza di valutazione negativa”, “in dipendenza di processi di riorganizzazione” (44), nonché “prima della scadenza dell'incarico”, “in relazione a motivate esigenze organizzative” (45). Con ciò la legislazione vigente ha indotto, fra l'altro, un fenomeno anomalo di riorganizzazione delle tecnostrutture amministrative pubbliche, che vengono attivate con il solo scopo di introdurre modifiche d'incarico ad alcuni dirigenti di quell'amministrazione.

Tali misure hanno portato ad un indebolimento del ruolo manageriale del dirigente pubblico, che risulta sempre meno affrancato dall'ingerenza della politica, con buona pace del principio di separazione tra politica e amministrazione.

(39) Sul punto, v. A. Tursi, *Il lavoro agile al tempo del coronavirus*, in M.T. Carinci, A. Tursi, *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Torino, Giappichelli, 2020, spec. 103 ss.

(40) Così l'art. 5, c. 2, d.lgs. n. 165/2001.

(41) G. Beato, *op. cit.*, 90.

(42) Sul punto, v. A. Bellavista, *op. cit.*, 135.

(43) Così l'art. 19, c. 2, d.lgs. n. 165/2001.

(44) V. art. 9, c. 32, d.l. n. 78/2010, convertito dalla l. n. 122/2010.

(45) V. art. 1, c. 18, d.l. n. 138/2011, convertito dalla l. n. 148/2011.

5. La fase attuale: la quinta riforma (transitoria) della pubblica amministrazione

Evidenziate alcune delle criticità più significative delle nostre p.a., portiamo ora l'attenzione sulla fase attuale, in relazione alla quale il primo dato da considerare è che ci troviamo in un momento drammatico, ma completamente diverso sia da quello dei primi anni '90 del secolo scorso (erano gli anni della svalutazione della lira), sia da quello del 2009 (gli anni della crisi economico-finanziaria). Il periodo attuale è, infatti, caratterizzato dal riaccreditamento, direi quasi necessitato, dell'apparato amministrativo pubblico, con conseguente necessità di valorizzazione del capitale umano (46).

Al riguardo, gli interventi normativi da considerare sono sostanzialmente tre, tutti recentissimi.

Il primo è costituito dal "Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale" firmato il 10 marzo 2021 dal Presidente del Consiglio e i segretari generali di Cgil-Cisl-Uil, il quale promette più risorse per i dipendenti pubblici. Alle spalle di questo vistoso cambio di rotta c'è, ovviamente, la svolta più generale dovuta all'emergenza sanitaria e all'esigenza di superare la terribile crisi economico-sociale in atto per la pandemia. La svolta riguarda in primo luogo la politica finanziaria, con gli oltre 200 miliardi di euro del *Recovery Fund*.

Questa svolta si è sostanziata nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) caratterizzato da interventi coordinati, da predisporre secondo linee indicate dall'Ue per ottenere i finanziamenti previsti. Anche qui, in estrema sintesi, dopo trent'anni di meno Stato e più mercato, e a sessant'anni dal tentativo di programmazione economica del primo centro-sinistra, il cambiamento è assai rilevante, poiché l'intero sistema economico si affida a questo programma nell'ambito del quale il ruolo dell'amministrazione è centrale: per assegnare gli appalti, gestire i *bonus* e i *superbonus*, riorganizzare il mercato del lavoro al fine di assecondare il passaggio all'economia digitale. Si osserva che ben il 27% delle risorse totali del Pnrr sono destinate alla transizione digitale del sistema-Paese nel suo complesso, vale a dire nel settore privato e in quello pubblico.

Ma il dato significativo da considerare è che le esigenze di ammodernamento della pubblica amministrazione appaiono decisamente più urgenti di quelle del settore privato, soprattutto in una fase nella quale per l'attuazione degli interventi previsti dal Pnrr sarà richiesto alle pubbliche amministrazioni un impegno eccezionale al fine di rispettare le tempistiche ed i risultati anche intermedi indicati nel Piano in relazione ai singoli interventi.

Tale urgenza è dovuta alla particolare situazione in cui si trova la nostra p.a., in larga parte ascrivibile al blocco del *turn over*, a causa del quale nel periodo 2001-2018 l'età media dei dipendenti pubblici è cresciuta di oltre sette anni, arrivando a toccare i 50 anni e 7 mesi (pur con differenze fra i vari comparti) (47).

Le indagini statistiche, inoltre, concordano nell'individuare nel non ottimale funzionamento della p.a. una delle cause della scarsa dinamica della produttività totale dei fattori, che nel periodo 1995-2019 (secondo i dati Istat), ha fatto registrare una crescita media pari a zero, determinando di conseguenza una debolissima dinamica di crescita del reddito.

Si tratta di criticità puntualmente registrate dall'attuale Ministro della pubblica amministrazione e dal Governo, che hanno lanciato una ulteriore riforma improntata a strategie decisamente diverse rispetto al passato. Se per sei lustri l'indicazione di fondo, proveniente anche dal livello comunitario, è andata nel senso del contenimento della spesa per il personale, dell'utilizzo del personale esistente attraverso i percorsi di mobilità, con conseguente compressione delle nuove immissioni in ruolo, il trend attuale risulta correlato ad una rinnovata considerazione della p.a. e della sua strutturazione. Infatti, fermi restando principi dettati in materia di contrattualizzazione dei rapporti di lavoro, i criteri sui quali si incentra la nuova riforma attengono:

- alla rivisitazione dei concorsi pubblici, attraverso un processo di semplificazione, sia pur nel rispetto dell'art. 97 Cost., prendendo a riferimento le procedure di reclutamento adottate a livello europeo;
- alla rivisitazione dell'organizzazione e degli organigrammi, attivando, anzitutto, un processo di valutazione dei fabbisogni di personale e partendo da una adeguata conoscenza della sua attuale composizione;
- alla mobilità interna tra le p.a., in modo da garantire maggior flessibilità nello svolgimento delle attività e nell'adattamento delle strutture organizzative;
- alla mobilità esterna alle p.a., allo scopo di creare un'osmosi tra settore pubblico e privato, così da poter fruire di esperienze e professionalità provenienti dal privato previo superamento di prove selettive di tipo concorsuale;

Sono queste le misure prese in considerazione dai recenti decreti-legge emanati nel corso degli ultimi mesi e, in particolare, dal d.l. n. 80/2021, intitolato "Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionali all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) e per l'efficienza della giustizia".

Le norme introdotte hanno la finalità di definire percorsi veloci per il reclutamento dei profili tecnici e gestionali necessari per la realizzazione delle riforme trasversali previste dal Pnrr attraverso la valorizzazione della piattaforma

(46) Cfr. E. Giovannini, *op. cit.*

(47) Secondo i dati forniti da una ricerca di Forum PA, nei ministeri, per esempio, l'età media arriva a 54 anni e 9 mesi. Il 16,9% dei dipendenti ha più di 60 anni e appena il 2,9% meno di 30. In base ai dati Oece del 2015, riferiti ai dipendenti delle amministrazioni centrali, l'Italia è il paese con la più alta quota di dipendenti con più di 55 anni, pari al 45,4%, contro una media del 24,3%.

denominata “Portale per il reclutamento”, strutturata su due linee: il ricorso ai contratti di lavoro a termine e l’ingaggio di collaboratori esperti provenienti dal settore privato.

Infatti, per quanto riguarda il rafforzamento della capacità amministrativa in generale, il decreto stabilisce che per i contratti di lavoro subordinato a tempo determinato si applica la riforma dei concorsi pubblici contenuta nel d.l. 1 aprile 2021, n. 44, che prevede la valutazione dei titoli per le figure ad elevata specializzazione tecnica e la previsione della sola prova scritta in forma digitale. La durata dei contratti sarà di 36 mesi, rinnovabili fino al 31 dicembre 2026 in relazione al raggiungimento degli obiettivi del Piano da parte delle amministrazioni assegnatarie dei progetti.

Per le alte specializzazioni – come i dottori di ricerca e le persone con esperienze documentate di almeno 2 anni in organizzazioni internazionali e dell’Unione europea – è prevista l’iscrizione in un apposito elenco sul “Portale del reclutamento”, a seguito di una procedura di selezione organizzata dal Dipartimento della funzione pubblica e basata anch’essa sulla valutazione dei titoli e su un esame scritto. Le amministrazioni potranno quindi procedere alle assunzioni sulla base della graduatoria, mantenendo comunque la facoltà di indire proprie procedure concorsuali.

Per i professionisti e gli esperti iscritti agli albi si prevede l’inserimento nel “Portale del reclutamento”, in un apposito elenco vincolato al possesso di determinati titoli di qualificazione professionale. Ai fini dell’attribuzione degli incarichi di collaborazione, le amministrazioni dovranno chiamare almeno tre professionisti in ordine di graduatoria e scegliere a chi attribuire l’incarico sulla base di un colloquio. I criteri seguiti dovranno essere pubblicati sul sito internet delle amministrazioni competenti.

6. Considerazioni in riepilogo

Le suddette misure, dettate dall’emergenza e di carattere chiaramente transitorio, muovono dal presupposto che le strutture pubbliche si sono dimostrate impreparate ad affrontare la crisi, e si vuole evitare che ciò si ripeta nella fase della ripresa. Se questo è vero, è possibile svolgere tre considerazioni finali.

1) Il principale insegnamento che la pandemia ci ha lasciato è che nelle corsie degli ospedali, nelle scuole, sulle strade e nelle aule di giustizia non si possono mettere i bilanci. Ci vogliono persone preparate e motivate, come hanno dimostrato di essere i nostri medici, i nostri infermieri, ma anche larga parte degli insegnanti e dei dipendenti pubblici. Per questa ragione, il contenimento della spesa pubblica, certamente necessario visto il debito pubblico accumulato anche a causa della pandemia, non può essere il fine per l’attuazione del quale le strutture debbono essere ridimensionate. La riduzione della spesa deve essere uno dei criteri da seguire per costruire un’amministrazione efficiente, ma tenendo conto che la sua funzione consiste nel soddisfare le molteplici e sempre più variegate esigenze dei cittadini.

2) In quest’ottica va anche evidenziato che il sistema pubblico, riaccreditato quanto meno per necessità, dovrà rivelarsi all’altezza della situazione, cioè capace di contribuire a stimolare la ripresa economica e produttiva dimostrando la propria efficienza e l’efficacia della sua azione. Sotto questo profilo un ruolo fondamentale potrà essere svolto dalle organizzazioni sindacali: infatti, se la contrattazione collettiva, specie integrativa, e le misure partecipative di relazioni sindacali riuscissero a superare la logica rivendicazionistica ed a contribuire alla realizzazione degli obiettivi fissati dal Pnrr, ne uscirebbero certamente rafforzate in ragione dell’altissima funzione loro affidata, nel rispetto del buon andamento, che costituisce il fine dell’azione amministrativa, e l’imparzialità, che ne costituisce il mezzo. Il rischio, come rilevato da Giuliano Cazzola, è che il pubblico impiego, coccolato e finanziato per la realizzazione del Piano, potrebbe risultare il capro espiatorio in caso di non riuscita del Piano stesso (48).

3) In questa fase, buon andamento significa anche capacità della p.a. di reinventarsi, cercando nuovi modelli organizzativi e individuando nuove modalità di erogazione dei servizi. Ma reinventarsi vuol dire anche dotarsi delle persone necessarie per realizzare un certo servizio in un modo diverso. Tuttavia, nel settore pubblico tale operazione è difficilissima, non essendo possibile procedere al repentino ricambio del personale. Si dovrà dunque operare non solo con il personale neo-assunto, ma anche con quello già in servizio, puntando sulla formazione, al fine di fornire ai dipendenti pubblici le competenze necessarie per svolgere il loro lavoro secondo le nuove modalità. Di queste criticità c’è ampia consapevolezza; tuttavia, ritengo utile segnalarle perché nei nuovi provvedimenti non v’è traccia né di formazione, né di incentivi all’esodo. Le misure recentemente introdotte guardano alle assunzioni aggiuntive a termine o alle collaborazioni altrettanto a tempo determinato, prestando poca attenzione al personale già occupato e che continuerà ad esserlo anche dopo il 2026. A questo personale dovrà prestare attenzione la contrattazione collettiva, valorizzandone la formazione e la professionalità in una prospettiva di crescita. Probabilmente è questa la sfida, anche negoziale, dei prossimi anni: la via maestra affinché le ingenti risorse messe a disposizione dall’Ue possano essere effettivamente utilizzate per bene del Paese.

(48) G. Cazzola, *La P.A. in undereducation*, in <www.bollettinoadapt.it>, 28 giugno 2021.