



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Franco Carinci

Una riforma "conclusa". Fra norma scritta e prassi applicativa

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 18/2004



© Franco Carinci 2004
Facoltà di Giurisprudenza - Università di Bologna
rivlpa@tin.it

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

Una riforma "conclusa". Fra norma scritta e prassi applicativa*

Franco Carinci
Università di Bologna

1. La "lunga riforma": dalla legge delega del 1992 al TU del 2001	3
2. L'architettura complessiva	7
3. La difficile coesistenza fra "pubblico" e "privato": la tellurica linea di confine	9
4. (<i>Segue</i>) La ricaduta a) sulla contrattazione collettiva, b) sulla giurisdizione	12
5. (<i>Segue</i>) I due "fattori" di snodo e ammortizzo: a) l'Aran, b) la dirigenza	15
6. La benedizione della Corte Costituzionale	25
7. La legislazione regionale fra continuità ed innovazione	27
8. La carta vincente della rappresentatività sindacale: selezione delle organizzazioni trattanti ed RSU.	29
9. La irresistibile ascesa della contrattazione: la tornata 1998- 2001	31
10. (<i>Segue</i>) La contrattazione nazionale di comparto e di area - a).	34
11. (<i>Segue</i>) La contrattazione decentrata	38
12. La tornata <i>in itinere</i> 2002-2005	39
13. L'onda lunga della giurisdizione ordinaria	42
14. La riforma costituzionale "permanente": dalla legge costituzionale n. 3/2001 al testo approvato in prima lettura dal Senato della Repubblica	44

* Questa introduzione è destinata agli Studi in onore di Giuseppe Suppiej

15. La nostalgia per una legislazione "dissociata": la legge delega n. 30/2003 e il d.lgs. n. 276/2003	48
16. Riferimenti bibliografici essenziali	52

1. La "lunga riforma": dalla legge delega del 1992 al TU del 2001

Almeno sulla carta, la riforma che viaggia ormai sotto l'etichetta della "privatizzazione del pubblico impiego" si mostra in tutta la sua ambizione, così estesa in latitudine (impiegati in attività "autoritative", oltre che "erogatorie"), e in longitudine (responsabili di uffici dirigenziali oltre che impiegati ecc.), da coinvolgere circa 3 dei 3,6 milioni di dipendenti pubblici in servizio, senza trovare comparazione alcuna oltralpe, in Paesi a noi simili per cultura amministrativa e tradizione democratica come la Francia e la Germania.

Per oltre un decennio il cantiere è rimasto aperto, con un lavoro continuo e indefesso, dall'ultimo scorcio del secolo scorso al primo di questo; oggi pare concluso e chiuso, tradotto in un fitto e ordinato sistema di istituzioni, procedimenti, principi, criteri, precetti e vincoli. Chi ha seguito "dall'interno" il lento e faticoso crescere del nuovo *corpus*, riesce a distinguere nel quadro definitivo il succedersi degli stati di avanzamento, degli aggiornamenti, degli adattamenti "difensivi"; e potrebbe stendere a ritroso un diario del quotidiano procedere verso un collaudo finale, sempre rinviato a data da destinarsi.

A forza di raccontarlo e raccontarlo il resoconto è divenuto un po' mitico, del "tipo resistenziale", tanto da mantenere un pizzico di fascino solo per chi ne è stato protagonista, di primo o secondo piano; ma, certo, in quel volgere di tempo tra la fine degli anni ottanta e l'inizio di quelli novanta, sarebbe stato difficile immaginare che quel progetto lanciato dalla CGIL nel gennaio del 1990 e poi, di lì a poco, tenuto a battesimo unitariamente dalla triplice, fosse destinato non solo a camminare, ma a far tanta strada. Come sempre, a "rivoluzione" iniziata, se non compiuta, è stato facile rintracciare la classica "talpa" all'opera da più di una stagione, prima e dopo la legge quadro del 1983: quella legge che sembrava aver risolto, con gattopardesca abilità, la questione della convivenza fra la sostanza di una auto-regolamentazione collettiva e la forma di una etero-regolamentazione autoritativa.

La nostra "talpa" scaverà ininterrottamente e indefessamente nel corso di tutto il decennio ottanta: mentre una dottrina minoritaria, ma autorevolissima, preparava il terreno, smontando pezzo a pezzo la collaudata e consolidata lettura "pan-pubblicistica" dell'art. 97, primo comma, Cost.; la triplice confederale sperimentava in *corpore vili* la crisi irreversibile della dissociazione schizofrenica realizzata dalla legge dell'83. Saranno Giannini e Battaglini a valorizzare quel vero e proprio "uovo di Colombo" costituito dalla distinzione fra uffici e personale, in forza e ragione di un *distinguo* pienamente giustificato dal testo letterale

di quel primo comma dell'art. 97 Cost., nonché dal necessario contemperamento con l'art. 39, comma 1. E saranno CGIL, CISL e UIL a dover prendere atto del fallimento della legge quadro, emblematicamente testimoniato da una vera e propria "fuga" di parti della pubblica amministrazione dalla sua sfera operativa, in direzione di una composita e variegata "contrattualizzazione" o "privatizzazione" dei relativi rapporti di impiego.

Onore al merito, verrebbe da dire, almeno per chi si è schierato e si schiera dalla parte della riforma: senza quei primi e isolati "profeti" disarmati non si avrebbe avuta l'"ideologia"; senza quei protagonisti di eccellenza, costituiti dalle Confederazioni non ci sarebbe stata la "prassi" attuativa, come ben testimonia l'intrecciarsi fra accordi tripartiti e interventi legislativi, progettati e attuati, tant'è che alla mini-intesa tra Governo e Parti sociali del 10 dicembre 1991 fa da *pendant* il disegno di legge 27 febbraio 1992, ed al Protocollo del luglio 1992, la legge delega 23 ottobre 1992, n. 421. Né, *a contrario*, può obbietersi che le nostre Confederazioni avevano il loro interesse a far da levatrici alla riforma, vista e vissuta come ricetta ad una duplice degenerazione in atto: come ebbi già occasione di scrivere, rappresentata, la prima, da una accentuata corporativizzazione, con una crescita del sindacalismo autonomo e dello spontaneismo *vis-à-vis* del sindacalismo confederale, tradottosi in una rappresentanza ampiamente frantumata ed in una rappresentatività largamente fittizia; costituita, la seconda, da una accelerata spinta rivendicativa, guidata proprio da comparti e settori con una forte presenza di professioni tradizionali, consapevolezza ed aspettative di *status*, organizzazioni autonome o spontanee. E' senz'altro così, ma l'interesse in parola può ben essere definito "legittimo", perché la duplice malattia debilitava l'intera pubblica amministrazione, con una ricaduta negativa su quel che oggi è di moda definire "il sistema Paese".

E' però difficile credere che il protagonismo sindacale sarebbe stato sufficiente, se non avesse incrociato al momento opportuno un bisogno impellente e improcrastinabile del secondo di quei Governi "tecnici" che dovettero farsi carico di arrestare l'ormai cronica frana dei conti pubblici, in vista e ragione della sempre più incombente unione monetaria: non per nulla la prima legge delega, la n. 421/1992, è rubricata «delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e finanza territoriale», con una conseguente normativa all'insegna della lesina, tale da condizionare e curvare a sua misura l'intera materia regolata. E la legge in parola figlierà il *corpus* base costituito dal d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, destinato a rimanere tale fino a quel simulacro di testo unico dato dal d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, sia pur con tutta una

sequenza di ritocchi, dettati, in minor parte, da esigenze endogene – insufficienze e contraddizioni intrinseche – ed, in maggiore, da pressioni esogene – contestazioni e rimesse in discussione giurisprudenziali: cosa, questa, già ben testimoniata dai dd.lgss. 19 luglio 1993 n. 247, 18 novembre 1993 n. 470 e 23 dicembre 1993 n. 546.

Esaurita la decretazione delegata, restava da completarla con il ricorso alla normativa secondaria ed alla contrattazione collettiva, per, poi, farla camminare nella realtà quotidiana, cioè, per dirla con l'espressione d'obbligo, implementarla: *l'hic rhodus, hic salta* di qualsiasi riforma, tanto più della madre di qualsiasi altra quale è e resta quella della pubblica amministrazione. Solo che ad un quinquennio dalla prima legge delega, quando la neonata riforma compiva i suoi primi ed incerti passi, ecco veder la luce la seconda, la legge 15 marzo 1997 n. 59, che veniva a rafforzarne, ma anche a correggerne fisionomia e identità.

Nell'arco di un pugno di anni era cambiata la stagione politica, con l'entrata a regime del sistema maggioritario, fattore e simbolo principale di quel passaggio dalla prima alla seconda Repubblica che il tempo avrebbe dimostrato essere più enfatizzato che praticato in un effettivo cambio di stile e di costume. Dopo il tentativo abortito del primo Governo Berlusconi, posto in sella dal consenso elettorale ottenuto nel 1994, ed il discusso intermezzo Dini, ecco il Governo Prodi, uscito vincitore dal voto del 1996; Governo fornito di un forte afflato e impegno riformista, seppur destinato ad affievolirsi cammin facendo per lo stesso vizio genetico che aveva afflitto il precedente, intrinseco ad un sistema maggioritario incompiuto, costruito non su due partiti o blocchi omogenei, ma su aggregati prevalentemente elettorali. Il centro-destra ne era stato travolto, con un congedo secco e traumatico del *leader* unico, il centro-sinistra ne verrà usurato, con un cambio accelerato del *premier* da Prodi a D'Alema, da D'Alema ad Amato e, *dulcis in fundo*, il "lancio" finale di Rutelli, per il confronto del 2001.

E' all'afflato ed impegno iniziale che si deve quel processo riformatore condotto all'insegna di una modernizzazione e decentralizzazione dell'intera struttura di governo, centrale e locale: delegificazione a favore di fonti secondarie o convenzionali, con un rapporto non più solo di gerarchia, ma anche di competenza; riorganizzazione della Presidenza del Consiglio e dei Ministeri; decentramento a cascata verso le Regioni, le Province e i Comuni, in base al principio della sussidiarietà verticale; riscoperta della pluralità delle p.a.; valorizzazione delle autonomie funzionali; costituzione di amministrazioni indipendenti di garanzia e di regolamentazione; rivisitazione del rapporto fra pubblico e privato in forza del criterio della sussidiarietà orizzontale; privatizzazioni deboli e forti; semplificazione,

trasparenza, partecipazione e contrattualizzazione dell'azione amministrativa; passaggio a controlli successivi dell'attività condotta in relazione all'efficienza e all'efficacia dimostrata. Ed in questo contesto viene a collocarsi la legge n. 59/1997, con una rubrica ben più ambiziosa di quella della precedente, «delega al Governo per il conferimento di funzioni a Regioni e a Enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa»; una legge affidata ad un *tandem* di eccezione, quale costituito da Bassanini e D'Antona, quest'ultimo referente e coordinatore di un *team* esperto ed affiatato.

Nel *continuum* fra le due fasi, è chiaramente percepibile sia una accelerazione della "privatizzazione", estesa alla micro-organizzazione ed alla dirigenza generale, rafforzata con una procedura di contrattazione collettiva sottratta all'ipoteca della Corte dei Conti e dei TAR/Consiglio di Stato, blindata con una attribuzione di giurisdizione alla magistratura ordinaria fatta per materia; sia una ricezione aperta di una concezione pluralista della pubblica amministrazione - non più ricalcata ed appiattita su quella ministeriale - esemplificata dalla configurazione della disciplina della dirigenza come di "principio", dalla introduzione dei Comitati di settore e dalla relativa autonomia concessa alla contrattazione decentrata.

Costante, anzi in crescendo è la consapevolezza che la scommessa si vince o si perde proprio sulla dirigenza, vera e propria cerniera di snodo fra potere politico e apparato burocratico, momento organizzativo e gestionale, pubblico e privato, tanto da metter capo ad un continuo affinamento del confine fra indirizzo e momento attuativo, nonché del circolo virtuoso fra autonomia e responsabilità. E si può ben dire, a posteriori, che all'indomani della seconda sequenza di decretazione delegata, quale costituita dai dd.lgss. 4 novembre 1997 n. 396, 31 marzo 1998 n. 80 e 29 ottobre 1998, n. 387, la scrittura della riforma poteva dirsi completa, con una sua intrinseca armonia, che ben occultava, nella razionalità dell'architettura, l'inevitabile genericità ed ambiguità di alcune sue linee di confine, come quelle fra macro e micro-organizzazione e quelle fra giurisdizione amministrativa ed ordinaria.

Non restava che la consacrazione finale in un testo unico quale previsto dalla legge 24 novembre 2000, n. 340, art. 1, comma ottavo, destinato a razionalizzare e a rafforzare il tutto. Ma il Governo di centro-sinistra viveva ormai la sua vigilia elettorale, con l'ansia di chi vuol mettere termine ad una fibrillazione angosciosa; il *tandem* eccezionale si era traumaticamente sciolto, con Bassanini preoccupato ormai del suo futuro politico e D'Antona consegnato ad un martirologio non chiuso. Bastò il veto del sindacalismo confederale, appiattito sul calcolo miope

della CISL, che vedeva in un testo unico di risistemazione e di rilegittimazione del pluririvisitato e corretto d.lgs. n. 29/1993 un eccesso di legificazione tale da togliere area di manovra ad una mai sopita pulsione pan-contrattualistica; bastò quel veto per vanificare il lascito di D'Antona, tradotto in un testo altamente sofisticato, perché il d.lgs. n. 165/2001 risultasse del tutto compilativo, cioè il vecchio d.lgs. 29/1993 rinumerato *ex novo* e riproposto più o meno tale e quale.

Il varo di un vero e proprio testo unico non sarebbe bastato a resistere da solo al cambiamento di vento che si preannunciava, ma avrebbe almeno segnato un punto simbolico di non ritorno. E, quando all'indomani del risultato del voto del 2001 entrò in carica il secondo Governo Berlusconi, ci fu ben più che un accenno di un ritorno al passato, sia con la legge 15 luglio 2002 n. 145, di ripubblicizzazione degli incarichi dirigenziali, sia con la legge 14 febbraio 2003 n. 30 e con il d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 di rottura della tendenziale unità disciplinare dell'intero universo del lavoro subordinato, "pubblico" e "privato". Ma si può dire che la riforma aveva prodotto i suoi "anticorpi", tant'è che la ripubblicizzazione si è dimostrata alla prova della giurisprudenza più una illusione coltivata a tavolino che una *novatio* effettiva; e la rottura si è rivelata ambigua e compromissoria, come ben testimonia la stessa lettera legislativa, per il presente, alterna fra affermazioni e smentite, e per il futuro, aperta ad una concertazione finalizzata ad una legislazione adeguatrice.

2. L'architettura complessiva

Proprio perché meramente ricettivo del testo finale del d.lgs. n. 29/1993, il d.lgs. n. 165/2001 ci restituisce immodificata l'architettura della riforma, così come impostata dalla prima ondata di decreti delegati e definita dalla seconda. E già a prima vista conferma l'obsolescenza, già anticipata dalla prassi, della prima *querelle* circa la denominazione con cui battezzare la riforma, se, cioè, come "contrattualizzazione" o "privatizzazione" del pubblico impiego. All'inizio, quando fu lanciata dal sindacalismo confederale, risultò privilegiata la prima etichetta; e non per nulla, perché, così, venne fatto cadere l'accento non solo e non tanto sul contratto individuale, quale fonte costitutiva, ma anche e soprattutto sul contratto collettivo, quale fonte regolativa, autonoma nella forma e nella sostanza, con un'esplicita e netta discontinuità rispetto alla legge quadro. Da qui a cadere nella tentazione tipicamente sindacale di fare del contratto collettivo non una, ma la fonte per antonomasia, di per sé dotata di una forza risalente, dalle condizioni di lavoro all'organizzazione del substrato, la strada sembrava prospettarsi come tutta in discesa. E se

è vero che la seconda etichetta trovò la sua ragione e la sua fortuna nella sua maggior capacità di rendere in tutta la loro ampiezza l'intenzione e la portata della riforma, consistente in una riconduzione alla comune casa privatistica del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, a partire da una *reductio ad unum* dell'intero sistema delle fonti, codice civile, legislazione giuslavoristica e contrattazione collettiva; se è vero questo, lo è altrettanto che, almeno per una certa dottrina, quella prima ragione fu rafforzata da una seconda, meno teorica e più pratica, cioè quella di poter distinguere fra la più ampia area della privatizzazione e quella più ristretta della contrattualizzazione: non tutto quello che veniva ricondotto al codice civile poteva dirsi automaticamente assoggettato al negoziato sindacale, fatto destinato ad assumere rilievo significativo dopo che anche la micro-organizzazione fu attribuita alla «capacità e i poteri del privato datore di lavoro» (d.lgs. n. 165/2001, art. 5, comma 2).

C'è una condizione, però, ontologica, che la c.d. privatizzazione del pubblico impiego sconta, in quanto scritta nel suo stesso dna, di riguardare non le pubbliche amministrazioni, ma la loro attività organizzativa in senso lato; e di quest'ultima solo ed esclusivamente quella attinente alla micro-organizzazione e alla gestione del personale. Cosa, questa, esplicitata nei due disposti fondamentali della riforma, costituiti, oggi, dagli artt. 2 e 5 del d.lgs. n. 165/2001, perché qui la vera sua anima, quale costituita dalla rivoluzione nel sistema delle fonti e nell'inquadramento degli atti, trova espressione in una doppia operazione, condotta contemporaneamente e contestualmente: la prima, di "duplicazione", che mette capo a due distinte filiere, "pubblicistica" e "privatistica"; la seconda, di "omogeneizzazione", che ricomponne in un *unicum* fonti ed atti relativi al rapporto di lavoro alle dipendenze dei datori di lavoro, siano queste pubbliche amministrazioni od imprese.

Nell'ambito del più generale processo di delegificazione proprio del tempo, la *duplicazione* consiste nel realizzare un regime, distinto e parallelo di fonti, al tempo stesso più ricco e più flessibile rispetto al modello tradizionale: *più ricco*, perché comprensivo di due sequenze, distinte per le materie mantenute "pubbliche" e per quelle rese "private", ma estese, l'una, dalle leggi fino agli «atti organizzativi» e, rispettivamente, l'altra, dalle leggi fino ai «contratti individuali»; *più flessibile*, perché modifica il classico raccordo fra leggi ed altre fonti, (art. 2, commi 1, 2 e 3) sia quantitativamente – dilatando lo spazio riconosciuto alla normazione secondaria ed alla contrattazione collettiva (art. 2, commi 1 e 3 ed art. 40, comma 1) - sia qualitativamente – innovando rispetto al tipico rapporto di subordinazione attribuito alla contrattazione collettiva – (art. 2, commi 2 e 3 ed art. 69, comma 1). A questa corrisponde la duplice configurazione degli "atti di esercizio", cioè

le «determinazioni amministrative» prese nelle materie mantenute “pubbliche”, qualificate e trattate quali atti o provvedimenti amministrativi e, rispettivamente le «determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro», assunte nelle materie rese private, considerate e regolate quali atti privatistici (art. 5, commi 1 e 2). A sua volta, l'*omogeneizzazione* consta nel far coincidere sequenza delle fonti e configurazione degli atti realizzati per le materie rese privatistiche del fu impiego pubblico con quelli corrispondenti del lavoro subordinato privato, sotto forma di rinvii espliciti, per cui «i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa» (art. 2, comma 2), e le determinazioni e misure relative alla gestione dei medesimi e alla micro-organizzazione sono decise con «la capacità e i poteri del privato datore di lavoro» (art. 5, comma 2).

Del tutto simmetrica e sintonica rispetto a questa costruzione si pone la nuova regola di ripartizione della giurisdizione, con la chiamata in causa della magistratura ordinaria: regola posta sin dall'inizio come *conditio sine qua non* di una privatizzazione effettiva, affinata via via per annullare o, almeno, contenere la contropinta della magistratura amministrativa, riformulata alla fine nella nuova logica di una spartizione effettuata in base non all'obsoleto *refrain* della natura delle posizioni soggettive o degli atti, ma all'innovativo criterio dell'elencazione delle materie.

3. La difficile coesistenza fra “pubblico” e “privato” : la tellurica linea di confine

Come è ovvio, tale architettura complessiva - costituita sulla triade: fonti, atti, giurisdizioni – dà per scontato l'assoluta peculiarità della privatizzazione, riferita non alle amministrazioni datrici di lavoro, destinate a mantenere la denominazione di “pubbliche”, bensì ai rapporti alle loro dipendenze, condannati, per così dire, a perdere la loro etichetta di “pubblici”. Il che comporta una coesistenza/convivenza fra pubblico e privato, già sperimentata fra gli enti pubblici economici, e risolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza con una progressiva espansione del secondo a scapito del primo. Ma, lì, la questione era enormemente facilitata dalla natura della attività svolta, cioè imprenditoriale o economica che dir si voglia, tale da poter trovare sistemazione nell'art. 41 della Costituzione e nel libro V del codice civile; qui, invece, è e resta tutta diversa, perché la natura dell'attività è in sé (quand'è di autorità) o è ricostruita (quand'è di erogazione) in una relazione più o meno stretta

con la finalità pubblica perseguita, tale da dover rinvenire una parziale o totale collocazione nell'art. 97 della Costituzione e nel diritto amministrativo.

Così quella coesistenza/convivenza non ha potuto essere, non dico eliminata, ma neppure ridimensionata oltre certi limiti. E la intelligente e sofisticata soluzione offerta dalla duplicazione e dalla omogeneizzazione si è lasciata alle spalle una corrispondente doppia criticità: costituita, la prima, dalla estrema difficoltà - teorica e pratica - di tener distinte le due aree pubblicistica e privatistica; rappresentata, la seconda, dalla necessità - sistematica e operativa - di adattare la stessa area privatistica.

Le due aree in parola non risultano stabili, ma mobili, in ragione della pressione che esercitano l'una sull'altra, sì da produrre una vera e propria linea di faglia, con inevitabili fratture e sovrapposizioni. Il che dipende già dalla ambigua sequenza delle formule utilizzate per definirle e distinguerle, certo non per carenze tecniche degli estensori, ma per faticose e tormentate esigenze compromissorie. Durante la prima stagione, il confine correva fra organizzazione e gestione del personale, secondo la famosa elencazione di cui all'art. 2, lett. c), l. n. 421/1992, con le materie riservate alla regolazione pubblicistica e alla giurisdizione amministrativa; nel corso della seconda veniva spostato più a monte, tracciandolo fra macro o alta organizzazione e micro o bassa amministrazione, più gestione del personale. Uno spostamento impegnativo per l'addetto ai lavori, perché se picchettare il confine vecchio era complicato, ancor più lo era per il nuovo: anzitutto, per il fatto solo di averlo portato dentro l'organizzazione, poi, per aver dovuto scontare una notevole dose di ambiguità da parte di un legislatore certo esperto, ma a volte condannato a muoversi sul filo del detto/non detto. Ne costituisce un sintomo significativo quello che a suo tempo battezzai il "giallo delle sette materie", cioè che fine avesse fatto la famosa elencazione di cui all'art. 2, lett. c), l. n. 421/1992, con le materie riservate alla regolazione pubblicistica e alla giurisdizione amministrativa, discutendosi sul se fosse stata abrogata dalla l. n. 59/1997; e, se conservata - come ritengo - sul come fosse conciliabile e adattabile con la nuova versione di quelli che oggi sono gli artt. 2 comma 1 e 5 commi 1 e 2 del d.lgs. n. 165/2001. Ma anche a considerare la soluzione di un tale giallo poco rilevante, come alla fin fine mi pare, gli articoli appena citati non sono univoci. Dal testo coordinato dei due articoli, parrebbe doversi dedurre che, ai sensi dell'art. 2, comma 1, la macro o alta organizzazione è solo quella affidata ad «atti organizzativi» a carattere normativo/generale, quelli che definiscono «le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i

modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive», e, rispettivamente, che ai sensi dell'art. 5, comma 2, la micro o bassa organizzazione è quella rimessa a «determinazioni» a carattere gestionale/puntuale, quelle che riguardano «l'organizzazione degli uffici», cioè, evidentemente, data la genericità inclusiva dell'espressione, tutta l'area organizzativa residua, lasciata fuori per esclusione dal precedente art. 2, comma 1.

Tutto bene, non fosse per un inconveniente, costituito, il primo, dall'art. 5, comma 1, per cui «le amministrazioni pubbliche assumono ogni determinazione organizzativa al fine di assicurare l'attuazione dei principi di cui all'art. 2, comma 1, e la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa», testo di difficile significato, tanto da essere stato letto in più di un modo, a seconda dell'intento di politica del diritto perseguito dall'interprete: azzerandolo (cioè, facendo coincidere «ogni determinazione organizzativa» con gli atti organizzativi di cui all'art. 2, comma 1), utilizzandolo in vista di una "funzionalizzazione" delle successive «determinazioni per l'organizzazione degli uffici» di cui all'art. 5, comma 2 (cioè, facendo fare da "cappello" all'art. 5, comma 1 rispetto all'art. 5, comma 2); isolandolo proprio per evitare tale "funzionalizzazione" (cioè, dando per scontato che l'espressione «ogni determinazione organizzativa» possa essere riferita ad atti diversi e ulteriori rispetto agli «atti organizzativi» di cui all'art. 2, comma 1, a carattere normativo/generale, ma al tempo stesso diversi anche dalle «determinazione per l'organizzazione degli uffici» di cui all'art. 5, comma 2).

Un bel garbuglio ermeneutico, se ce ne fosse bisogno, complicato dal fatto che l'art. 5, comma 2, definisce come *prius* l'individuazione dell'ambito delle «determinazione per l'organizzazione degli uffici» (nonché delle «misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro») e come *posterius* la loro assunzione da parte degli «organi preposti alla gestione con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro». Ma una simile "*consecutio*" era assumibile, ed è stata in effetti assunta, anche alla rovescia, per cui, spulciando nell'intero testo, ieri del d.lgs. n. 29/1993, più di un autorevole studioso è andato ad individuare casi di atti chiaramente o presuntivamente pubblicistici, riconducendoli *ipso facto* nell'ambito della macro o alta organizzazione: emblematica in tal senso la lunga "telenovela" relativa ai conferimenti di incarico, addirittura esplicitamente qualificati dall'ultimo legislatore come «provvedimenti» (art. 19, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, come novellato dalla l. 145/2002, art. 3), ma recuperati da parte della dottrina e dell'ultima giurisprudenza della Cassazione come privati, proprio ai sensi dell'art. 5, comma 2, interpretato insieme all'art. 63 comma 1 del d.lgs. n. 165/2001.

4. (Segue) La ricaduta a) sulla contrattazione collettiva, b) sulla giurisdizione

E' una linea di faglia, questa, che si rivela pienamente con riguardo alla contrattazione collettiva e alla giurisdizione.

a) l'attuale art. 40, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001 recita «la contrattazione collettiva si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali»; espressione, questa, che al termine di una lunga vicenda modificativa, risulta "impoverita" dall'esplicita eccezione delle sette materie ed "arricchita" dalla aggiunta delle «relazioni sindacali». Sembrerebbe, comunque, che trattandosi pur sempre di materie relative al rapporto di lavoro, non dovrebbero ricomprendere quelle rientranti nell'organizzazione, non solo quella macro, rimasta pubblica, ma neppure quella micro, resa privata; se non fosse che la menzione *ex novo* delle relazioni sindacali è stata correlata con la lettera modificata dell'art. 9, per la quale, «i contratti collettivi nazionali disciplinano i rapporti sindacali e gli istituti della partecipazione anche con riferimento agli atti interni di organizzazione aventi riflesso sul rapporto di lavoro».

Ne è nata una *querelle* interpretativa, tuttora ben aperta, che, dietro la sottigliezza dell'argomentazione giuridica, cela una precisa scelta di politica del diritto: semplificando, a *pro* di una dirigenza, la cui restituita autonomia dovrebbe essere blindata *ex lege*, in sostituzione dell'assenza di qualsiasi vincolo di mercato, a fronte di espropriazioni e spogliazioni *ex contractu*; o, viceversa, a *pro* di una presenza sindacale a livello di unità amministrativa, la cui legittimata rappresentanza/rappresentatività dovrebbe essere premiata da una espansione della sua capacità concertativa/negoziale, dalle condizioni di lavoro alle dimensioni organizzative. Sicché, estremizzando, da una parte, si tende ad escludere che la partecipazione sindacale possa estendersi anche alla macro-organizzazione, eccezion fatta per le ipotesi esplicitamente previste; e che la partecipazione relativa alla micro possa sfociare in una vera e propria contrattazione. Dall'altra, invece, si tende ad ammettere sia una partecipazione a trecentosessanta gradi per la macro e per la micro-organizzazione; nonché, per quest'ultima, una fattispecie atipica di contrattazione esplicitamente qualificata come *extra ordinem*.

Certo è, che la riforma è stata fin dall'origine sbilanciata a favore della contrattazione collettiva, come testimonia la stessa dizione originaria "contrattualizzazione", poi sostituita da quella più fortunata di "privatizzazione". Ma a prescindere dal nome di battesimo, rimane un

dato innegabile, quale costituito dall'aver il legislatore fin dall'inizio mostrato di preoccuparsi assai più di un eventuale *trespass* della legge a danno della contrattazione collettiva che della contrattazione a scapito della legge.

Se il secondo versante è completamente sguarnito, il primo è invece presidiato dal cordone difensivo, costituito, oggi dall'art. 2, secondo comma, primo capoverso e terzo comma, secondo capoverso, del d.lgs. n. 165/2001: prevede, l'uno, che «eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche o a categorie di essi, possano essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata non sono ulteriormente applicabili salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario»; prescrive, l'altro, che «le disposizioni di legge, regolamento o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti dai contratti cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale».

Apparato strumentale, questo, certo discutibile e discusso sia in termini di correttezza tecnica che di efficacia pratica, ma tale da esprimere qualcosa di più di uno stato d'animo, cioè un preciso intento di politica del diritto, comprensibile e giustificabile alla luce della ben collaudata esperienza delle "leggine", ma pur sempre tale da produrre un certo rimbalzo pan-contrattualista praticato soprattutto a livello decentrato. Un indirizzo, però, tanto radicato che in apertura della stessa terza tornata contrattuale, 2002-2005, sia il protocollo di intesa Governo-sindacati del 6 febbraio 2002, sia la successiva direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 1 marzo 2002, nel ritornare sul riparto di ambiti fra fonti pubblicistiche e privatistiche si preoccupano soprattutto, se non esclusivamente, di ribadire la salvaguardia delle seconde rispetto alle prime.

b) Si dice che ogni strada conduca a Roma; e qui ogni strada conduce alla giurisdizione. Di questo ne era una precisa testimonianza la stessa legge delega n. 421/1992, vera e propria levatrice della riforma, che nel suo già citato art. 2, comma 2, lett. c) riservava, *prima*, alla giurisdizione amministrativa, e solo *poi*, alla regolamentazione «sulla base della legge o nell'ambito dei principi da essa posti, con atti normativi e amministrativi» le famose sette materie, dando la precisa impressione di una coincidenza fra area a giurisdizione amministrativa e a riserva di disciplina pubblicistica, e, rispettivamente, fra area a giurisdizione ordinaria e a riserva di disciplina privatistica. Ora, tale iniziale impostazione ha finito per far ricadere sul riparto di giurisdizione ogni incertezza relativa alla individuazione dell'area pubblicistica e privatistica,

tant'è che, alla fine di una lunga e tormentata vicenda, condotta in più puntate dal legislatore per contenere la giurisdizione amministrativa a tutto *pro* della ordinaria, i decreti legislativi del 1998 n. 80 e 387 se ne sganciano con una scelta innovativa: cioè quella per cui il criterio utilizzato non sia più quello "classico" della natura della posizione soggettiva tutelata (diritto o interesse legittimo) o della qualificazione dell'atto rilevante (negoziato o provvedimento amministrativo), ma quello "moderno" della materia.

Il d.lgs. n. 80/1998 attua un chiaro "compromesso" all'insegna del criterio per materie: la giurisdizione è attribuita alla magistratura ordinaria per «tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro» dell'ex pubblico impiego, ivi comprese quelle specificamente elencate, con l'esplicita previsione della possibilità di adottare «nei confronti delle pubbliche amministrazioni tutti i provvedimenti di accertamento, costituiti o di condanna richiesti dalla natura dei diritti tutelati»; è devoluta, invece, alla magistratura amministrativa per le controversie «in materia di pubblici servizi» e «in materia urbanistica», ivi compreso «il risarcimento del danno ingiusto» (artt. 29 e rispettivamente 33, 34 e 35 – poi esteso dall'art. 7 l. 21 luglio 2000, n. 205 - d.lgs. n. 80/1998). Ed in linea con tale decreto si pone il successivo d.lgs. n. 387/1998 che include fra le materie puntualmente attribuite alla giurisdizione della magistratura ordinaria «il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale» (art. 18).

Se così è, come credo che sia, ai sensi e per gli effetti di quello che è oggi l'art. 63 d.lgs. 165/2001, credo che sia perfettamente possibile continuare a qualificare come provvedimenti amministrativi almeno quei conferimenti di cui al precedente art. 19, commi 3 e 4, senza dover escludere la giurisdizione piena del giudice ordinario, cioè estesa fino al potere di annullamento; e ciò senza lasciarsi fuorviare da obiezioni non fondate sul diritto positivo, bensì sul feticcio continuamente smentito di un *deficit* ontologico di potere del giudice ordinario tale per cui non possa togliere di mezzo un provvedimento amministrativo.

La stessa Corte costituzionale sembra legittimare una tale lettura in quella sua pur problematica dichiarazione di non fondatezza della questione di costituzionalità sollevata circa l'attribuzione alla giurisdizione ordinaria delle controversie concernenti «il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali». Sembra, perché postula la chiara promessa per cui rappresenta una «scelta discrezionale del legislatore» attribuire «ad un giudice, sia ordinario, sia amministrativo» il «potere di conoscere ed eventualmente annullare un atto della pubblica amministrazione», giustificandola in forza della «tendenza a rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale» (con esplicito richiamo dell'art. 113, comma 3,

Cost.). E, poi, dà l'impressione di dedurre la conseguente irrilevanza della «configurazione del rapporto di lavoro... in particolare... dei dirigenti (per i quali può riscontrarsi un elemento concorrente di preposizione ad un ufficio pubblico)», ai fini della riconduzione delle «posizioni soggettive... alla tutela giudiziaria, nell'ampia categoria dei diritti di cui all'art. 2907 del codice civile», ai fini di una «tutela... piena» estesa a «tutti i vizi di legittimità» dell'atto lesivo, qui evidentemente configurato come provvedimento amministrativo (Corte cost., 23 luglio 2001, n. 275). Il che resta significativo, anche se chi scrive è pienamente consapevole che la sentenza in questione risulta problematica ed ambigua, dando l'impressione di battere, oltre alla vista via, anche l'altra della privatizzazione completa della dirigenza, senza però sottacere l'irriducibilità dei conferimenti ad atipici atti di gestione dei rapporti di lavoro privatistici, comportando pur sempre la preposizione ad uffici pubblici; nonché di sovrapporre i casi in cui atti configurabili come provvedimenti amministrativi rilevino come immediatamente diretti e immediatamente lesivi oppure solo come presupposti. Tanto più che, in seguito, nel riprendere tale decisione, con i suoi chiaroscuri, la Corte ha affermato *apertis verbis* che «in ogni caso, qualsiasi problema sulla natura dell'atto di conferimento o di revoca degli incarichi dirigenziali non incide sulla attribuzione della giurisdizione effettuata dal legislatore» (Corte cost., ord. 9 dicembre 2002, n. 525).

E' strano per non dire altro, che il Consiglio di Stato si sia dimostrato più aperto della stessa Corte di Cassazione, perché - avendo ben capito che la sua sopravvivenza, con la stessa autorità da sempre goduta, dipende dal lasciar cadere la vecchia distinzione in forza della natura della posizione tutelata e/o della qualificazione dell'atto rilevante - si appropria del criterio di riparto per materia. Mentre la Corte, assai più timida, si autocondanna ad una forzatura interpretativa poco o nulla condivisibile, per cui a proposito degli incarichi dirigenziali, qualificati dalla novella come provvedimenti, fa valere la disposizione generale di cui all'art. 5, comma 2, sì da considerarli sempre e comunque atti privatistici (in tal senso, da ultimo, Cass., sez. lav., 20 marzo 2004, n. 5659, in *LPA*, 2004); forzatura, perché riesce difficile considerare tali quelli che risultano essere provvedimenti per forma e sostanza come quelli di cui all'art. 19, commi 3 e 4, d.lgs. n. 165/2001.

5. (Segue) I due "fattori" di snodo e ammortizzo: a) l'Aran, b) la dirigenza

I due "fattori" dislocati su questa tellurica linea di confine, in funzione di snodo e ammortizzo, erano e restano l'Aran e la dirigenza.

a) Un discorso parallelo vale per quel protagonista *double face* costituito dall'Aran, vero e proprio fattore di trasformazione dell'*input* pubblicistico in *output* privatistico. Qui è stato rispettato il faticoso compromesso raggiunto e consacrato nel testo unico, fra un'unica agenzia di rappresentanza legale e pluralità delle pubbliche amministrazioni; e, soprattutto, fra procedura pubblicistica di formazione e forma privatistica di espressione della volontà negoziale, sì da proteggere tale espressione da incursioni della Corte dei Conti e della magistratura amministrativa; ma è rimasto un duplice tratto affatto peculiare, destinato a far del *bargaining* del settore pubblico un "ricalco alla lontana" della contrattazione del settore privato.

a.1) Il primo tratto è costituito dalla predeterminazione autoritativa delle risorse disponibili per i comparti statali, destinati a fornire le *guide-lines* finanziarie; sicché il negoziato tende a farsi informale, fra Governo e organizzazioni sindacali con un inevitabile *bypass* della stessa Aran. Questo può continuare anche all'indomani dell'approvazione della legge finanziaria; e, almeno in un'ipotesi, trovar sbocco formale, così com'è successo per quella del 2002, con il "protocollo d'intesa" 4 febbraio 2002, che prevede un incremento delle risorse già predefinite, con destinazione esclusiva all'incentivazione della produttività.

Ai sensi dell'art. 48, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001, la predeterminazione delle disponibilità finanziarie, per le amministrazioni dello Stato è «posta a carico del bilancio dello Stato... in apposito fondo dello Stato di previsione del Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, in ragione dell'ammontare complessivo»; mentre, per le altre amministrazioni, «è disposta nelle stesse forme con cui vengono approvati i bilanci, con distinta indicazione dei mezzi di copertura». Al riguardo la Corte dei Conti non ha mancato di rilevare, da ultimo nella sua Relazione sul Rendiconto Generale dello Stato 2002, come tale regime di per sé valorizzi sì «l'autonomia e la responsabilità finanziaria delle Regioni e degli Enti locali, rimettendo ai controlli interni (e al sistema di controllo sulla attuazione del patto di stabilità interno) il compito di segnalare deviazioni o scostamenti rispetto ai parametri di evoluzione compatibili con i complessivi equilibri di bilancio»; ma, poi, l'«insieme di controlli non è stato in grado di impedire... l'applicazione di contratti non conformi alle regole e ai vincoli derivanti dalle compatibilità di bilancio dei singoli enti». Del che si è reso consapevole lo stesso legislatore che, nella legge finanziaria 2002 (legge n. 448/2001) ha ritenuto di intervenire per i comparti non statali, accrescendo la responsabilità dei Comitati di settore sia nella deliberazione degli atti di indirizzo, da formularsi in piena coerenza con i criteri e i parametri

quantitativi stabiliti per il settore statale; sia nella quantificazione delle risorse necessarie a sostenere gli oneri finanziari dei rinnovi contrattuali (art. 16, comma 7). Non solo, perché è anche stabilito che la verifica delle ipotesi di accordo per i comparti non statali venga condotta non solo dai relativi Comitati di settore, ma dallo stesso Presidente del Consiglio – per via del Ministro della Funzione pubblica - previa deliberazione del Consiglio dei Ministri; e se i Comitati di settore intendono procedere, anche in caso di una diversa e maggiore valutazione degli oneri contrattuali da parte del Governo, resta esclusa ogni partecipazione dello Stato nella copertura degli oneri esorbitanti (art. 17, comma secondo).

Di fatto questo costituisce solo il capo del serpente, perché come la Corte dei Conti - da arcigno carabinieri dei conti pubblici - ha ripetuto e ripete a iosa, non solo la stima e quindi la certificazione dell'ipotesi di accordo è condannata a restare approssimativa, ma all'indomani della stipulazione dei contratti nazionali, rimane da fare i conti sia con la "fisiologia" della contrattazione integrativa, sia con la "patologia" di una dilatazione della spesa prevista, per difetto di stima o per sfondamento applicativo. Da qui un faticoso processo di contenimento del tutto sconosciuto al settore privato, che ha tenuto impegnato il legislatore senza peraltro alcun definitivo successo, proprio perché trattasi di un fronte destinato a rimanere perennemente aperto, a seguito della ricorrente smentita dei fatti. Senza aprire un lungo discorso basti ricordare, da un lato, l'art. 40, comma terzo, d.lgs. 165/2001 che ha "blindato" in "termini reali" il raccordo fra contrattazione nazionale e decentrata, con la nullità e la conseguente inapplicabilità delle clausole dei contratti collettivi integrativi «in contrasto con i vincoli risultanti dai contratti collettivi nazionali o che comportino oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale o pluriennale di ciascuna amministrazione»; e, poi - constatato il suo effetto scarso o nullo - l'art. 17, comma secondo, della già vista legge finanziaria per il 2002, che lo ha "ri-blindato", sempre con gli stessi effetti "reali", ma aggiungendovi un indispensabile meccanismo di controllo, quale costituito, per tutti i comparti di contrattazione ("statali" e "non statali"), da verifiche congiunte dei Comitati di settore e del Governo sulle dimensioni finanziarie della contrattazione integrativa, quali risultanti anche in forza di rilevazioni effettuate dagli organismi di controllo interno. E menzionare, dall'altro, l'art. 48, comma terzo, d.lgs. 165/2001, che ha previsto l'inserimento "vincolato" nei contratti collettivi di «apposite clausole» contemplanti «la possibilità di prorogare l'efficacia temporale del contratto, ovvero di sospenderne l'esecuzione parziale o totale in caso di accertata esorbitanza dei limiti di spesa», ma questo è rimasto senza alcun seguito, tanto da non trovare riscontro nel contenuto dei contratti

successivi, di certo anche per il suo ambiguo e dubbio inquadramento giuridico.

Tutto questo in presenza di quel imperativo categorico dettato dal patto di stabilità U.E., di contenimento del *deficit*, attuabile in *primis* sul costo del lavoro pubblico; sicché, nel periodo a cavallo del passaggio del secolo, è tutto un *continuum* di leggi finanziarie che puntano a diminuire gli organici complessivi delle pubbliche amministrazioni, sia permettendo di coprire solo parzialmente il *turn over* sia obbligando a far ricorso al *part-time* e ad altri rapporti flessibili (art. 39, l. n. 449/1997; art. 22, l. n. 448/1998; art. 20, l. n. 488/1999; art. 51, l. n. 388/2000; art. 19, l. n. 448/2001; art. 34, l. n. 289/2002; art. 3, l. n. 350/2003). Comprensibile finché si vuole come *extrema ratio*, tale intervento generalizzato finisce per comportare una duplice ricaduta negativa, tanto più grave quanto più prolungata: da un lato, ignora le situazioni ed esigenze delle singole amministrazioni; dall'altro, compensa la crescita dei trattamenti degli *insiders* con la esclusione degli *outsiders*, solo marginalmente e precariamente recuperabili attraverso un incremento dei rapporti atipici.

Peraltro, in base ai dati elaborati dal Dipartimento della Funzione pubblica, l'Italia non risulta fuori linea rispetto ad altri Paesi europei per quel che riguarda il numero dei pubblici dipendenti, tant'è che ne ha 54 per ogni 1000 abitanti, la Germania anch'essa 54, la Spagna 53 e nettamente in testa la Francia con 79; non solo, perché presenta un costante, seppur ciclico, decremento, per l'intero decennio '90, comune a vari paesi europei ed *extra-europei* (Australia, Canada, Finlandia, Germania; in controtendenza la Spagna). Solo che, il nostro Paese mostra un andamento del costo del lavoro pubblico, non solo più ciclico, con picchi accentuati (nel decennio in parola nel 1996 e nel 2000), ma anche più sostenuto, se confrontato alla media di alcuni paesi Ocse (Austria, Finlandia, Francia, Portogallo, Spagna).

a.2) Si può, ora, passare dal primo al secondo tratto peculiare della contrattazione del settore pubblico, cioè dalla natura pubblica delle risorse, all'efficacia generalizzata della disciplina collettiva. Fin dal concepimento della riforma, non si dava alcuna libertà circa una tale efficacia generalizzata; ci doveva essere e basta, perché tutto congiurava in tal senso, a cominciare dalla tradizione e a finire con la prescrizione costituzionale dell'imparzialità. Solo che non era facile trovare una modalità tecnica che sfuggisse alla barriera costituita dall'art. 39, comma 2 e ss. ed al tempo stesso garantisse la finalità perseguita; cosicché, per non sapere né leggere né scrivere, il legislatore se l'è cavata con un sovraccarico di strumentazione, dalla precostituzione di una rappresentanza legale a capo dell'Aran (art. 50, comma 1), alla fissazione

di obblighi diretti ed immediati a capo delle pubbliche amministrazioni di osservare «gli obblighi assunti con i contratti collettivi» (art. 45, comma 9) e di garantire «comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai... contratti collettivi» (art. 49, comma 2).

Chiudendo non uno, ma entrambi gli occhi, la Corte costituzionale grazia la riforma; e lo fa in base alla tesi di un contratto collettivo di natura privata, cui la legge concederebbe *ab externo* efficacia generalizzata tramite la costituzione di obblighi diretti e immediati ad osservarlo (Corte cost. n. 309/1997). E si lascia dietro alle spalle un quesito, del perché non abbia fatto leva sulla più ovvia e argomentabile rappresentanza legale dell'Aran; ed un dubbio ermeneutico, del come possa considerarsi vincolato non il lavoratore ancora da assumere, ma quello già assunto, non iscritto alle organizzazioni sindacali stipulanti, o dissenziente.

Sarà però, proprio la seconda stagione della privatizzazione a far riparlare di una conversione del contratto in vera e propria "fonte normativa", cumulando con l'efficacia generalizzata tutta una gamma di innovazioni legislative introdotte dal d.lgs. n. 80/1998: la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale (art. 30), la ricorribilità in Cassazione per violazione o falsa applicazione degli stessi contratti o accordi collettivi nazionali (art. 29), la soppressione del consenso delle parti interessate in sede di interpretazione autentica (art. 43). A mio giudizio, si può ancora parlare di un *genus* comune costituito dall'autonomia privata collettiva cui ricondurre sia il contratto collettivo dell'impiego pubblico privatizzato, ma con queste due *species* notevolmente differenziate rispetto alla copertura costituzionale, alla tipicizzazione della disciplina, alla regolamentazione degli effetti; ma sono perfettamente consapevole trattarsi di un problema non chiuso in dottrina e in giurisprudenza, con una conseguente ricaduta sul codice ermeneutico da adottare.

b) Non c'è dubbio che proprio la dirigenza sia stata individuata fin dall'inizio come il punto critico della riforma, perché vista e vissuta come garanzia di una tenuta della linea di confine, non tanto nella sua rilevanza formale, ma sostanziale; cioè di una salvaguardia dell'area privatizzata, in vista di una gestione, modellata sulle *best practices* del *public management*. Solo che c'era una "proprietà" che, in ragione della sua legittimazione politico-istituzionale, da una parte, non poteva essere tagliata fuori, dall'altra, non poteva essere accreditata di una particolare attenzione ad una gestione efficace ed efficiente. Da qui la necessità di conciliare le opposte esigenze, realizzata tramite la formula suggestiva e collaudata di una distinzione fra potere di indirizzo, riservato al vertice politico-istituzionale, e di amministrazione, attribuito alla dirigenza, che

non per nulla è stata raffigurata come un Giano bifronte: una faccia rivolta verso il vertice e l'altra verso l'apparato.

Una duplice faccia, però, difficile da far convivere in base ad una mera formula giuridica, tale da garantire, da un lato, la capacità "costituzionale" del vertice politico istituzionale di rispettare il mandato di cui è stato investito, specie se ed in quanto lo sia stato da un corpo elettorale; dall'altro, la capacità "manageriale" del corpo dirigenziale di operare secondo il circuito virtuoso autonomia/responsabilità. Certo è, però, che fin dall'inizio il punto di equilibrio è stato cercato partendo da un presupposto di fatto, ritenuto tanto ovvio da essere dato per scontato, cioè di un quotidiano travalicamento del vertice sulla dirigenza, della politica sulla amministrazione; sicché ogni impegno e sforzo successivo è stato indirizzato al contenimento dell'uno rispetto all'altra. Basta ripercorrere rapidamente il lungo e tormentato processo gestionale di quelli che sono nel d.lgs. n. 165/2001, gli artt. 4 e 14, dedicati entrambi all'indirizzo politico-amministrativo, per accorgersi come sia stato caratterizzato da un continuo crescendo garantista teso a blindare lo spazio gestionale della dirigenza. Oggi come oggi l'art. 4 al primo comma comprende una premessa che attribuisce agli organi di Governo la definizione delle «funzioni di indirizzo politico-amministrativo», nonché la verifica della «rispondenza dei risultati della attività amministrativa e della gestione degli indirizzi impartiti», cui fa seguito una elencazione non tassativa delle funzioni ivi incluse; ed al secondo ed al terzo prevede una sorta di clausola generale che riconosce ai dirigenti al tempo stesso autonomia e responsabilità per «l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnico-amministrativa, mediante autonomi poteri di spesa e di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo», competenze tutte derogabili «soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative». A sua volta, l'art. 14, al comma primo, definisce rigidamente il percorso attraverso cui il Ministro può esercitare le funzioni attribuitegli, «periodicamente, e, comunque, ogni anno entro dieci giorni dalla pubblicazione della legge di bilancio, anche sulla base delle proposte dei dirigenti» di uffici dirigenziali generali, cioè tramite l'emanazione di «direttive generali per l'attività amministrativa e per la gestione» e l'assegnazione delle risorse umane, materiali ed economico-finanziarie; e al comma terzo, sancisce che «il Ministro non può revocare, riservare o avocare a sé o altrimenti adottare provvedimenti o atti di competenza dei dirigenti», restandogli disponibile solo un particolare procedimento sostitutivo in caso di perdurante inerzia o di grave inosservanza delle

direttive generali, tale da risultare pregiudizievole per l'interesse pubblico, nonché il potere di annullamento per motivi di legittimità.

Un bel fuoco di sbarramento, non c'è che dire, di per sé ben significativo del rilievo accordato alla *summa divisio* fra indirizzo politico-amministrativo e amministrazione; fatto, questo, confermato *in toto* da quell'art. 27 del d.lgs. 165/2001 che elenca fra i criteri di adeguamento per le pubbliche amministrazioni non statali, in materia di dirigenza, «i principi» dell'art. 4 capo I, e dell'intero capo II. Non è tutto, però, perché poi, gli artt. 16 e 17 dello stesso decreto, anch'essi figli di più aggiustamenti, menzionano puntualmente e dettagliamene le funzioni dei dirigenti di uffici dirigenziali generali e, rispettivamente, dei dirigenti; e lo fanno in termini estremamente ampi e ricchi che, però, sono destinati a fare i conti con altri disposti dello stesso decreto e con gli effetti di trascinarsi del precedente regime. Tant'è che, a fronte dell'art. 16, comma 1, lett. c), in forza del quale i dirigenti degli uffici dirigenziali generali «adottano gli atti relativi alla organizzazione degli uffici di livello dirigenziale non generale» sta la chiara lettera dell'art. 6, comma 4, ult. periodo, la quale espropria e avoca verso l'alto tale funzione; e a fronte dell'art. 17, comma 1, lett. e) in ragione della quale i dirigenti «provvedono alla gestione del personale e alle risorse finanziarie e strumentali assegnate ai propri uffici» sta la piena sopravvivenza delle direzioni generali del personale;

Alla luce dell'esperienza, le problematiche principali stanno altrove, costituite come sono dalla crescente criticità della disciplina del conferimento di incarichi; nonché dalla mancata attivazione del circuito virtuoso autonomia/responsabilità. Entrambe meritano una sia pur sommaria ricognizione, destinate, come sono, a condizionare per lungo tempo a venire l'emergere di quella dirigenza cui era e resta affidata la scommessa della privatizzazione.

b.1) C'era qualcosa che stava a monte, e questo qualcosa era la disciplina della selezione e stabilità dei dirigenti, di per sé tale da condizionare la loro concreta autonomia, a prescindere da qualsiasi dettagliata e blindata attribuzione astratta di un'area di manovra esclusiva. Non è che il primo legislatore non ne fosse consapevole, ma riteneva di aver affrontato, se non risolto, la questione innovando rispetto al modello contrattuale del diritto comune: non un solo contratto comprensivo di un suo oggetto determinato e determinabile; ma uno doppio, il primo - successivo al superamento del concorso - che faceva nascere un rapporto dirigenziale a tempo indeterminato, peraltro privo di un incarico preciso e puntuale: il secondo - ripetibile e ripetuto più volte nel corso dello stesso rapporto dirigenziale - che dava vita ad un rapporto di incarico a tempo determinato, con il *plus* di un atto unilaterale

di conferimento, di dubbia natura (provvedimentale o negoziale) e collocazione (prima o dopo il contratto di incarico).

Un magnifico lavoro a tavolino, tale da coniugare la stabilità del posto, quindi soddisfare la domanda di sicurezza della dirigenza, con la variabilità del compito svolto, quindi rispondere alla richiesta di flessibilità del vertice. A tavolino, però, perché una volta tradotto nei fatti, saltò fuori che la dirigenza non si riteneva per niente soddisfatta della stabilità del posto, forse anche perché la dava come affatto scontata, mentre attribuiva grande importanza alla continuità dell'incarico, dipendendo da quest'ultima la propria identità, posizione di *status*, gratificazione, retribuzione economica. Ma proprio qui si è avuta non quella evoluzione vista sopra a proposito della blindatura dell'area gestionale riservata alla dirigenza; bensì, tutto al contrario, una involuzione verso una variante italiana dello *spoils system*, cioè debole e pasticciata. Apre la partita un centro-sinistra prossimo a perdere maggioranza e Governo, che, con la scusa di realizzare il ruolo unico, finisce per far ripartire da zero la provvista degli incarichi; e, di lì a poco, rilancia con la l. 145/2002 un centro-destra uscito vittorioso dalla consultazione elettorale, che - ironia della sorte - mentre elimina il ruolo unico, viene ad accentuare la sincronizzazione fra durata del vertice e, rispettivamente degli incarichi, sia in via transitoria sia a regime, nonché ad ampliare la discrezionalità di scelta e di sostituzione. Non per nulla, a conferma che la forma è spesso sostanza, questa operazione viene condotta all'insegna di una de-privatizzazione e de-contrattualizzazione: da un lato, il conferimento viene *apertis verbis* definito e qualificato come provvedimento, che tutto contribuisce a far ritenere amministrativo, come puntigliosamente precisato nella relazione di accompagnamento; anche se poi la Cassazione l'ha pensata diversamente; dall'altro, lo stesso conferimento assorbe dentro di sé quasi tutto quello prima contenuto nel contratto di incarico, cioè «l'oggetto dell'incarico e gli obiettivi da conseguire... la durata dell'incarico», lasciando a quest'ultimo solo il «corrispondente trattamento economico» (art. 19, comma 2, d.lgs. n. 165/2001).

b.2) A venire in gioco nel circuito virtuoso autonomia/responsabilità è proprio l'incarico. L'art. 19, comma primo afferma che «per il conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale si tiene 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, con riferimento agli obiettivi fissati nella direttiva annuale e negli altri atti di indirizzo del Ministro». E, a sua volta, l'art. 21, al comma primo, ricollega al mancato raggiungimento degli obiettivi, o all'inosservanza delle direttive - secondo un crescendo di gravità - il

mancato rinnovo dello stesso incarico, la revoca dell'incarico con conseguente collocamento a disposizione, il recesso dal rapporto di lavoro; non senza, però, che il successivo art. 22 accompagni il sistema sanzionatorio con un apparato garantista "forte" per cui «i provvedimenti di cui all'art. 21, comma 1, sono adottati previo conforme parere del Comitato dei Garanti».

Da questi articoli appare ben chiaro il meccanismo del circuito virtuoso autonomia/responsabilità, sia per la selezione degli incarichi, sia per la sanzione dell'inosservanza delle direttive e della mancata realizzazione degli obiettivi. Solo che, per funzionare, tale meccanismo aveva bisogno di tutta una ulteriore legislazione servente, quale poi effettivamente passata, cioè, da un lato, la riforma dei bilanci pubblici (d.lgs. 25 febbraio 1995, n. 77 per gli enti locali; l. 3 aprile 1997, n. 94 e d.lgs. 7 agosto 1997, n. 279 per le amministrazioni statali; d.lgs. 28 marzo 2000, n. 76 per le regioni); dall'altro, la rivisitazione dei controlli interni (d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286).

Fosse o meno tale legislazione conforme e congrua rispetto alla finalità della privatizzazione, non ha, però, trovato troppa fortuna nella prassi applicativa, almeno a quanto risulta per l'anno 2000 dall'ultima relazione della Corte dei Conti su «il costo del lavoro pubblico», edita nel dicembre del 2001. La riforma dei bilanci pubblici avrebbe dovuto attivare una sequenza idonea a tradurre in concreto il *distinguo* indirizzo/gestione, nonché il circuito virtuoso autonomia/responsabilità: quella, cioè, costituita dalla predisposizione da parte dei vertici politici – *prima*, dell'approvazione del bilancio - di apposite "note preliminari" allegate al relativo progetto; - *dopo*, ottenuto semaforo verde dalle assemblee elettive, con le necessarie provviste finanziarie – di annuali "direttive generali per l'azione amministrativa". Solo che - osserva la Corte dei Conti - «nella realtà, le amministrazioni non elaborano con la necessaria accuratezza – salvo rare eccezioni - le note preliminari, onde le direttive continuano ad essere connotate da una diffusa genericità, che confligge con l'esigenza di misurabilità e valutazione degli obiettivi e dei risultati della gestione (si va da direttive che enunciano *sic et simpliciter*, i compiti che le leggi assegnano all'amministrazione, a direttive che assegnano risorse finanziarie ai dirigenti senza aver definito obiettivi e programmi, a direttive che demandano ai dirigenti anche il compito di predisporre i programmi relativi alle attività di loro competenza)». E continua, dicendo che «per parte loro, le assemblee elettive non impongono ai governi il rispetto integrale delle nuove regole e, in sede di approvazione del bilancio, sostanzialmente accettano la imperfetta o insufficiente elaborazione dei documenti che dovrebbero spiegare gli

itinerari di attuazione delle politiche, gli strumenti necessari a conseguire precisi obiettivi e risultati, i tempi di realizzazione degli interventi».

La conclusione, piuttosto amara, è che «la mancanza o l'insufficienza di programmi e direttive favorisce, poi, la già rilevata distorsione per cui il personale politico continua ad occuparsi della ordinaria gestione amministrativa, mentre i dirigenti sono portati a rimettere, di fatto, ai vertici politici le decisioni più impegnative; donde, fra l'altro, l'impossibilità di individuare le responsabilità di una gestione e dei suoi risultati, mentre perde ogni significato il potere-dovere del vertice politico di valutare i dirigenti in rapporto agli obiettivi che essi sono formalmente chiamati a realizzare».

A sua volta, la rivisitazione dei controlli interni avrebbe dovuto accompagnare l'attività dirigenziale, al fine di un monitoraggio continuo e regolare: "controlli di gestione" o "direzionali", di competenza dei dirigenti di più alto livello, indirizzati a migliorare la gestione in funzione degli obiettivi; "controlli strategici" e di "valutazione dei dirigenti", di spettanza dei ministri, finalizzati a conoscere lo stato di avanzamento del programma, nonché a verificare l'apporto dei dirigenti. Ma anche qui l'analisi della Corte dei Conti risulta impietosa: «al riguardo, un recente rapporto del "Comitato tecnico-scientifico per il coordinamento in materia di valutazione e controllo strategico nelle amministrazioni dello Stato" ha rilevato una situazione di diffuse carenze, insufficienze e inadempienze nell'istituzione e nell'avvio a funzionamento dei controlli strategici, dei controlli direzionali (o di gestione), dei controlli amministrativo-contabili e della valutazione dei dirigenti. Quanto ai controlli strategici, il Comitato tecnico-scientifico ha avuto modo di rilevare che i vertici politici hanno mostrato scarsissimo interesse alla loro attivazione, sottovalutando "il valore aggiunto" che il sistema dei controlli può portare all'efficacia dell'indirizzo politico». I controlli direzionali (o, propriamente detti, "di gestione") soffrono di indeterminatezza per mancanza di cultura aziendalistica fra i dirigenti dei centri di responsabilità amministrativa (Cra), per insufficiente lavoro di elaborazione circa gli indicatori di efficienza ed economicità e, soprattutto, per assenza di coordinamento fra l'assegnazione delle risorse ai Cra e la definizione degli obiettivi. Ben lontani dal disegno del d.lgs. n. 286/1999 sono anche i controlli di regolarità amministrativa e contabile, che nessun ministero ha costruito, "sia pure con gli adattamenti resi necessari dal contesto applicativo di natura pubblicistica", secondo gli schemi aziendalistici dell'*internal auditing* richiamati dall'art. 2, comma, d.lgs. n. 286».

Parole e valutazioni pesanti, che denunciano quanto sia largo il tratto di mare tra il precetto legislativo e il suo concreto operare. C'è solo da consolarsi pensando che sono frasi scritte per un 2000, separato da

noi da ormai un quadriennio; ma se è vero che un motto latino solenne recita "*spes ultima dea*", un detto meno aulico, anzi decisamente popolare, suona "chi vive sperando, muore disperato", tant'è che le più recenti Relazioni sul Rendiconto Generale dello Stato 2001 e 2002 riprendono sinteticamente gli stessi rilievi critici con riguardo alle amministrazioni centrali.

6. La benedizione della Corte Costituzionale

Una riforma, dunque, costretta a confrontarsi continuamente con la sua stessa ragione d'essere, di far coesistere e convivere amministrazioni pubbliche e dipendenti privatizzati; costretta a farlo sia nella sua lunga gestazione, sia nella sua faticosa attuazione. Ma la sua storia sarebbe risultata assai più breve e, comunque, diversa se non fosse stata accompagnata dalla paterna benedizione della Corte Costituzionale. A scorrere la lunga serie delle sentenze, con un occhio attento ancor prima alle motivazioni che ai dispositivi, vien facile accorgersi come, al di là dell'usuale *self restraint* rispetto ad una grande riforma caratterizzata da una maggioranza, emerga qui una vera e propria empatia rispetto alla finalità perseguita: privatizzare per razionalizzare una macchina burocratica attardata e attardante, tale da occultare sotto l'alibi di una legalità formalista una improduttività ed anti-economicità di base.

La Corte mostra di far proprio non solo il truismo di una riforma della pubblica amministrazione come madre di tutte le riforme, *conditio sine qua non* per un decollo del sistema-paese, ma anche l'assai più discusso cammino prescelto, cioè quello di una riconduzione allo *jus commune* della disciplina dell'"impiego pubblico". Il che è evidente nello iato fra una certa discontinuità e a volte contraddittorietà delle motivazioni, da un lato, e una netta costanza e coerenza *pro* riforma dei dispositivi, tutti tesi a mantenere intatto, a correggere col minimo costo, a ricucire al meglio il testo varato dal legislatore. Basta richiamare la giurisprudenza relativa alla prima fase – I. n. 421/1992 e successiva decretazione delegata -: si apre con una sequenza "minore", dedicata alla "struttura", quale data da Corte cost. 30 luglio 1993, n. 359, che riconosce la lesione dell'autonomia regionale garantita dagli artt. 117 e ss. Cost., ma lo fa in forma costruttiva, col proporre una modifica dell'Agenzia negoziale – poi fatta propria dal d.lgs. n. 470/1993 – idonea a salvaguardare l'unicità e la centralità della contrattazione; Corte cost. 7 novembre 1994, n. 383, che rinviene un eccesso di delega nella sottoposizione delle Regioni a statuto ordinario e speciale a «l'identico obbligo di adeguare i propri ordinamenti ai principi desumibili dal capo II

del titolo II del d.lgs. n. 29», ma senza provocare altro che un rapido adeguamento del legislatore con il d.lgs. n. 80/1998; Corte cost. 4 dicembre 1995, n. 492, che salva il criterio di maggiore rappresentatività, messo in forse dai vittoriosi *referendum* abrogativi dell'aprile 1995, con riguardo diretto all'art. 19 dello Statuto, ma estende la stessa conclusione al dopo-art. 47 del d.lgs. n. 29/1993, così evitando il vuoto considerato poco prima paralizzante del parere del Consiglio di Stato del 27 settembre 1995, n. 2684; e prosegue con sequenza "maggiore", incentrata sulla "funzione", quale costituita da Corte cost. 25 marzo 1996, n. 88, che giustifica l'art. 48 d.lgs. n. 29 del 1993 (nuove forme di partecipazione all'organizzazione del lavoro), perché la norma sarebbe preordinata a realizzare «l'impianto generale della riforma, cioè orientata, in particolare, ad accentuare la divisione tra le competenze degli organi e la posizione del personale, così da favorire il superamento delle diverse forme di cogestione praticata in passato nei vari settori dell'amministrazione pubblica»; Corte cost. 25 luglio 1996, n. 313 che legittima la disciplina legge/contrattazione stabilita per i dirigenti non generali, ma, soprattutto, introduce, in maniera pur non chiarissima, un'interpretazione dell'art. 97, comma 1, Cost. per cui ferma restando la distinzione di massima fra legge, per l'organizzazione e contrattazione, per la gestione del rapporto, rimane affidato alla discrezionalità del Parlamento un «equilibrato dosaggio di fonti regolatrici, in vista e funzione di un corretto bilanciamento tra i due termini dell'art. 97 Cost., imparzialità e buon andamento»; Corte cost. 16 ottobre 1997, n. 309, che riconferma la validità della privatizzazione e salva l'efficacia generalizzata della contrattazione collettiva nel pubblico impiego, ma ridisegna la linea appena tracciata, fino a lasciarsi scappare che la stessa «organizzazione debba essere considerata pubblica limitatamente al suo nucleo essenziale», sì da legittimare in anticipo la svolta della seconda fase, quale data dalla privatizzazione della stessa micro-organizzazione.

La musica non cambia nella assai più rarefatta giurisprudenza della seconda fase - l. 59/1997 e susseguente decretazione delegata - destinata a conoscere le sue note più alte nelle già citate decisioni in tema di riparto di giurisdizione e in Corte cost., ord. 30 gennaio 2002, n. 11: quest'ultima, nel legittimare la privatizzazione della dirigenza generale, entra in contraddizione con la motivazione di Corte cost. 313/1996, tutta tesa a giustificare quella privatizzazione della *sol*a dirigenza non generale, in base e in forza della sua diversa natura e rilevanza rispetto a quella generale.

L'unico autentico *vulnus*, seppur giustificato dal carattere compromissorio ed equivoco del testo legislativo, è quello già visto di un trattamento unico ed omogeneo dell'accesso e del *cursus* professionale,

tutto compreso nel contenitore "concorso". Dopo una costante giurisprudenza costituzionale, a dire il vero costruita a misura di una realtà positiva ormai obsoleta e dettata dalla comprensibile preoccupazione di una risalita di massa lungo la scala professionale, a scapito della selezione meritocratica e della finanza pubblica (Corte cost., 20 luglio 1994, n. 313, Corte cost. 4 gennaio 1999, n. 1, Corte cost., 16 maggio 2002, n. 194), la Suprema Corte ha finito da ultimo per adeguarsi (Cass., S.U., 15 ottobre 2003, n. 15403).

7. La legislazione regionale fra continuità ed innovazione

Il discorso passa ora a due fonti poste a valle della disciplina legislativa della riforma ma destinate a giocare una parte: importante, quella degli statuti e delle leggi regionali e fondamentale, quella dei contratti collettivi.

Il quadro delle fonti regionali, statuti e leggi, attuative della riforma, risulta a tutt'oggi non aggiornato alla rivisitazione del Titolo V, tributario come è dei vecchi art. 116 e 117 Cost., che prevedevano, per le Regioni e le Province a statuto speciale, «forme e condizioni particolari di autonomia» (art. 116), contemplate dagli statuti speciali adottati con leggi costituzionali; e, rispettivamente, per le Regioni a statuto ordinario, una competenza legislativa concorrente - «nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato, sempreché le norme stesse non siano in contrasto con l'interesse nazionale e con quello di altre Regioni» - nelle materie ivi puntualmente elencate (art. 117, comma primo), nonché una competenza attuativa delegata (art. 117, comma secondo).

E si colloca nell'ambito delle coordinate offerte dalla riforma medesima come risultanti oggi dal d.lgs. n. 165/2001: secondo l'art. 1 («Finalità ed ambito di applicazione»), subito dopo l'elenco puntuale delle amministrazioni pubbliche che ne sono destinatarie *in toto* (secondo comma), c'è la *exceptio* per le Regioni, prevedendosi, al suo comma 3, con riguardo a quelle a statuto ordinario, che «le disposizioni del presente decreto» costituiscono «principi fondamentali ai sensi dell'art. 117 della Costituzione» e devono essere osservate «tenendo conto della peculiarità dei rispettivi ordinamenti» (v. Corte cost.: 359/1993; 292/1995; 528/1995; 633/1998; 185/1999; 171/1999); e, con rispetto a quelle a statuto speciale, che «i principi desumibili dall'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421...e dall'articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59» costituiscono altresì «norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica» (Corte cost. 383/1994; 477/2000).

Stando, poi, all'art. 27 («Criteri di adeguamento per le pubbliche amministrazioni non statali») c'è una *exceptio dell'exceptio*, per cui le norme del Titolo II, capo II, sulla dirigenza, scritte per le «amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo» (art. 13, comma 1), valgono solo come "referente" per le Regioni a statuto ordinario e per le altre pubbliche amministrazioni, tenute ad adeguare «ai principi dell'art. 4 e del presente capo, i propri ordinamenti, tenendo conto delle relative peculiarità» (comma 1).

La Corte costituzionale ha avuto più di una occasione di pronunciarsi sull'ambito di applicazione della riforma alle Regioni, a partire da Corte Cost. n. 359/1993 che, come visto, ha rimesso in discussione la parte assegnata alle Regioni a statuto ordinario nella procedura di contrattazione originariamente contemplata, sì da spingere ad una conforme modifica legislativa. Ma già in quella sentenza è fatta propria la tesi interpretativa per cui le «disposizioni formulate nel decreto legislativo 29 vincolano ... le Regioni a statuto ordinario, non tanto in relazione alla mera qualifica formale di "principi fondamentali" riconosciuta dalla legge, quanto in relazione alla natura oggettiva di normazione di principio che le disposizioni stesse, in conformità alla loro qualifica formale vengono a manifestare»; la stessa è stata poi confermata da tutta una giurisprudenza successiva (cfr. Corte Cost nn. 354/1994, 355/1994, 482/1995, 598/1995, 171/1999).

Ora, per quanto sia avvertibile, nella stagione tutt'ora aperta di revisione degli statuti regionali, la tendenza a ribadire una competenza regionale in materia di ordinamento degli uffici e di di stato giuridico ed economico del personale, secondo una lettura estensiva della voce elencata nell'art. 117, comma 1, Cost. («Ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi dipendenti dalla Regione») confortata da una certa giurisprudenza costituzionale precedente la riforma stessa (Corte cost.: 10/1980; 277/1983; 278/1983; 219/1984; 290/1984; 99/1986; 217/1987; 10/1988), tuttavia, la stessa legislazione non ha sostanzialmente traciato rispetto a quanto dettato dal legislatore nazionale, casomai usando per difetto e non per eccesso quel potere di adattamento dei principi deducibili dal d.lgs. n. 165/2001, «tenendo conto delle peculiarità dei rispettivi ordinamenti» (art. 1, comma terzo), nonché di adeguamento, scontando le relative peculiarità, dei principi desumibili nel titolo II dello stesso decreto (art. 27, comma primo).

Se è proprio con riguardo alla dirigenza che si manifesta l'attenzione di gran lunga prevalente per una sua contiguità spinta sino all'interdipendenza con quella dell'organizzazione, fino a ieri di competenza concorrente delle Regioni a statuto speciale, tuttavia il modello della dirigenza statale delineato dal Titolo II, capo II del d.lgs. n.

165/2001 è ripreso, seguito, ricalcato. Il che non dipende solo dall'aver fatto proprio un indirizzo interpretativo restrittivo del potere di adeguamento, ma anche e soprattutto dal carattere egemonico di un tale modello costruito a misura della pubblica amministrazione *par excellence*, quale quella ministeriale, facilmente imitabile da un *corpus* politico e burocratico decentrato, cresciuto all'ombra del potere centrale, e del diritto amministrativo elaborato dal Consiglio di Stato e ben difficilmente sostituibile. Dipende anche da un altro fatto non meno significativo, che cioè lo spezzone legislativo regionale è condannato a correlarsi con contratti di area e di comparto a carattere nazionale, come tali portatori di un regime collettivo omogeneo, aventi inevitabilmente sullo sfondo il referente unitario costituito da quel titolo II.

Questo non toglie che, ove ritenuto opportuno, la legislazione regionale percorra una sua strada, come è dato ravvisare specie sul terreno "caldo" costituito dal raccordo fra vertice politico istituzionale e livello dirigenziale di riferimento, dove è del tutto evidente il tentativo di spostare il punto di equilibrio a favore del primo e a scapito del secondo. Fatto, questo, del tutto comprensibile ed anche giustificabile, perchè ben diverso è il rapporto Governo/apparato ministeriale/corpo elettorale nazionale e Giunta/apparato/corpo elettorale regionale; diverso nel senso che nella seconda ipotesi la responsabilità per l'attuazione del programma è assai più diretta e immediata, nonché più visibile e trasparente rispetto all'elettorato, sì da richiedere alla Giunta una maggiore gestibilità della apparato medesimo.

In questa prospettiva si collocano varianti, che, oggi, risultano in parte anticipazioni della legge n. 145/2002, come il conferimento degli incarichi di più alto livello solo a tempo determinato e con novazione dell'eventuale rapporto indeterminato prima intercorrente; il largo ricorso per quegli stessi incarichi a personale esterno; un regime temporale degli incarichi dirigenziali, con la previsione di una ristretta durata massima e talvolta l'eliminazione di una qualsiasi durata minima.

8. La carta vincente della rappresentatività sindacale: selezione delle organizzazioni trattanti ed RSU.

Di certo, più significativo è il bilancio riguardante la contrattazione collettiva, da un punto di vista sia simbolico, trattandosi della fonte che caratterizza la riforma; sia pratico, risultando l'attività regolativa *par excellence*. E' appena il caso di ritornare sul fatto che fra disciplina dei rapporti individuali e, rispettivamente, delle relazioni collettive, è proprio quest'ultima a risentire più pesantemente della qualità pubblica dei datori di lavoro; e ciò per una duplice e concorrente ragione, di una spendita di

risorse finanziarie pubbliche e di una generalizzazione dell'efficacia dei contratti nazionali alle aree e ai comparti di riferimento. Se la prima ragione condiziona la procedura di formazione della volontà datoriale, così come espressa dall'Aran, la seconda influenza la selezione delle organizzazioni sindacali legittimate a sedere ai tavoli negoziali, per via del ben noto criterio di rappresentatività costituito da una percentuale non inferiore al 5% rispetto al comparto o all'area calcolata quale media fra il dato associativo e quello elettorale; criterio emerso dal lungo e travagliato processo partito dall'originario art. 47 d.lgs. n. 29/1993, passato attraverso il *referendum* abrogativo dell' 11 giugno 1995 ed il ritorno provvisorio all'art. 19 Stat. lav, come modificato dallo stesso *referendum*, consolidato dai d.lgs. nn. 396/1997, 80 e 387 del 1998 (vedi ora art 43, d.lgs. 165/2001).

E' stata la necessità non solo politico-sindacale, ma altresì tecnico-giuridica di una tale selezione che ha finito per fare la differenza fra settore privato e settore privatizzato, sì da aprire quest'ultimo ad un meccanismo misto, capace di conciliare le due anime del sindacalismo confederale: quella associativa – conseguente ad una libera scelta -, e quella elettiva – derivante dall'appartenenza ad una unità amministrativa -; ma in tal modo, essa ha dovuto far perno sull'incardinamento di una rappresentanza di base, unica ed unitaria, destinata a cogestire, con le istanze periferiche delle organizzazioni sindacali rappresentative firmatarie dei contratti nazionali, la negoziazione integrativa. Non solo, perché una siffatta investitura dal basso si è riflessa anche sul rapporto fra oo.ss. e loro Confederazioni, legittimate ad essere presenti non più per una rappresentatività "propria", ma, per così dire, per una "derivata alla rovescio", cioè in quanto ad esse facciano capo oo.ss. rappresentative.

Dopo l'accordo quadro del 7 agosto 1998 sulla costituzione delle Rsu, si è svolta, con cadenza biennale, l'elezione degli organismi unitari nei comparti. Stando ai dati dell'Aran - nel biennio 2000-2001 - la consultazione ha visto, in cifre tonde, 2 milioni di votanti su circa 2.500.000 aventi diritto, per una percentuale del 78% (con un massimo dell'87% per gli Enti pubblici economici ed un minimo del 71% per l'Università e la Sanità), 24.000 collegi elettorali e 35.000 liste, 23 mila Rsu, con una rappresentanza media di 109 aventi diritto al voto, e 85.000 componenti eletti. Di regola, le Rsu elette risultano "controllate" dalle Federazioni aderenti a Cgil, Cisl, Uil, pur in difetto di quella regola del "terzo riservato" rivelatasi non strettamente necessaria neppure laddove è stata introdotta *ex contractu*, cioè nel privato.

Il dato elettorale deve essere coniugato con il tasso di sindacalizzazione (quale dato dalle deleghe), aggirantesi - sempre per il

biennio 2000-2001 -intorno al 44% (con un massimo del 66% per le Aziende autonome dello Stato ed un minimo del 37% per la Scuola). E dall'applicazione del *mix* elettivo/associativo, sono risultate rappresentative un numero di organizzazioni sindacali di comparto, compreso fra un massimo di 7 (Agenzie fiscali e Ministeri) ed un minimo di 4 (Aziende e amministrazioni autonome dello Stato); cifre da duplicarsi, per l'aggiunta a dette oo.ss. delle Confederazioni cui siano affiliate.

Mentre, bloccata la competizione elettorale nelle aree dirigenziali, da un lato, non sono state costituite le Rsu, ma si sono conservate le Rsa; dall'altro, si è proceduto alla selezione sulla base delle sole deleghe, dando qui luogo ad un numero di organizzazioni sindacali legittimate alla trattativa compreso fra un massimo di 10 per l'Area IV ed un minimo di 4 per l'Area I/ Ricerca e l'Area V; cifre qui da raddoppiarsi, per le Aree I, II, V, per la somma a tali oo.ss. delle Confederazioni cui sono affiliate, ma non sempre per le Aree III e IV, data la presenza anche di oo.ss., non affiliate .

Sia pure in misura marginale, questa rarefazione degli agenti contrattuali è anche riconducibile ad una artificiosa aggregazione di sigle "autonome", al fine di raggiungere il *quorum* richiesto, (nei comparti Enti pubblici non economici, Regioni-Autonomie locali, Università, la Cisa; mentre nelle aree dirigenziali il fenomeno è più diffuso), con una ricaduta non sempre positiva sulla gestione delle trattative. Comunque, la regola è quella di una sottoscrizione con una maggioranza di molto superiore al 51%, dovuta soprattutto, ma non esclusivamente, alla prevalenza complessiva delle tre Confederazioni, tant'è che si dà l'evenienza di una firma all'unanimità. Ed è del tutto eccezionale la "smentita" successiva di un contratto a seguito di una protesta della base, come è avvenuto per il contratto del comparto Scuola, in occasione e a causa del "concorsono"; peraltro recuperata, per così dire, con l'accordo del secondo biennio.

9. La irresistibile ascesa della contrattazione: la tornata 1998-2001

Il lascito a tutt'oggi più importante della riforma è dato dal pieno consolidamento della sua fonte privilegiata, quella contrattazione collettiva che, oramai, conosce la sua terza tornata. A giudicare dalle due prime ormai concluse, si può ben dire che l'obiettivo fondamentale perseguito dalle tre grandi Confederazioni fin dal concepimento della stessa privatizzazione, cioè di ricondurre ad una casa comune l'intero universo del lavoro subordinato, in termini sia di disciplina normativa che di dinamica salariale, possa dirsi sostanzialmente raggiunto.

Il "meccanismo di trasformazione" oggi consegnato all'art. 69, comma 2, ha ben funzionato, anche se, secondo un modulo anonimo - quello delle "code contrattuali"- non corrispondente al dettato legislativo. Stando al comma in parola «gli accordi sindacali recepiti in decreti del Presidente della Repubblica in base alla legge 29 marzo 1983, n. 93 e le norme generali e speciali del pubblico impiego, vigenti alla data del 13 gennaio 1994 e non abrogate... cessano in ogni caso di produrre effetti al momento della sottoscrizione, per ciascun ambito di riferimento, dei contratti collettivi del quadriennio 1998-2001». *In claris non fit interpretatio*, e qui lettera e *ratio* concordano nel senso che al momento della firma dei contratti del secondo quadriennio dovrebbe venir meno, immediatamente e automaticamente, ogni effetto della residua dote pubblicistica. Invece, i contratti di comparto hanno previsto dei rinvii a tempi successivi, normalmente articolati su negoziati intermedi relativi a singoli istituti e su negoziati finali, di norma secondo la formula per cui la «piena contrattualizzazione del rapporto di lavoro mediante il recupero alla disciplina pattizia degli istituti non regolamentati dal precedente Ccnl ed eventuale revisione delle norme contrattuali da aggiornare» e conservazione in vigore nelle more delle «norme di legge contrattuali che non sono espressamente abrogate» (Ministeri, Aziende, Enti pubblici non economici, Sanità, Scuola). Di fatto le "code" sono state chiuse ben oltre le scadenze previste, anche qui di regola con una formula rubricata «disapplicazioni», secondo cui «dalla data di stipulazione del presente Ccnl... cessano di produrre effetti le norme generali e speciali del pubblico impiego ancora vigenti» sempre limitatamente agli istituti del rapporto di lavoro (Ministeri, Aziende, Enti pubblici non economici, Regioni e autonomie locali). Stanno a sé la Sanità, la Scuola, l'Università e la Ricerca, perché, per la Sanità, cessano di produrre effetti «le norme esplicitamente disapplicate», per la Scuola, sono disapplicate solo «le disposizioni di legge e i regolamenti in contrasto con le norme del presente accordo e del Ccnl 26.5.1999», per l'Università, «continuano ad applicarsi le disposizioni contenute nel Ccnl 21.5.1996 e nel Ccnl 5.9.1996 ove non diversamente regolamentate dal presente contratto», per la Ricerca la cosa è ancora in alto mare: a quanto sembra, con buona pace del legislatore, in questi comparti la partita è rimasta aperta anche dopo la conclusione "prolungata" del quadriennio 1998-2001.

Comunque il processo normativo di "trasformazione" può dirsi sostanzialmente concluso; e ad esso fa da *pendant* il similare processo economico di convergenza delle dinamiche salariali. Nel periodo 1979/1991 - fatti pari a 100 i valori del 1979 -, a fronte dei prezzi al consumo passati da 100 a 323,1, le retribuzioni *pro-capite* sono cresciute, nell'industria in senso stretto, da 100 a 392, 7 e nelle pubbliche

amministrazioni, da 100 a 455,4, con un netto differenziale a favore delle seconde; invece, nel successivo periodo, 1993/2002 – fatti pari a 100 i valori del 1993 - di contro ai prezzi al consumo cresciuti da 100 a 129,9, le retribuzioni pro-capite sono aumentate, nell'industrie in senso stretto da 100 a 133,9 e, nelle pubbliche amministrazioni da 100 a 137, con un evidente calo del differenziale.

Facciamo un passo indietro e ritorniamo al passaggio tra la prima tornata 1994-1997, e la seconda, 1998-2001, per cogliere la significativa ricaduta sul procedimento e sul contenuto della contrattazione, riconducibile alla svolta di cui alla legge delega n. 59/1997 e relativa decretazione. Seguendo il d.lgs. 4 novembre 1997, n. 396 (ora art. 41 d.lgs. 165/2001), il processo decisionale dell'Aran è stato articolato e reso plurale, sì da farlo più rispondente al volere delle amministrazioni rappresentate; e lo si è fatto, licenziando i Comitati di settore, investiti di poteri di indirizzo e di varo delle ipotesi di accordo. In seguito, però, è divenuto operativo l' "Organismo di coordinamento dei Comitati di settore", investito del compito di emanare una sorta di direttiva madre, con le indicazioni generali da rispettare nel corso dell'intera tornata. Organismo, questo, che non ha impedito il ridimensionamento dell' "effetto fotocopia" proprio di una prima tornata caratterizzata dall'unicità del referente, tant'è che la seconda conosce una variabilità contenuta fra i suoi vari contratti, restando unica la scelta degli istituti da regolare, nonché dei criteri da utilizzare; ma certo lo ha ridimensionato.

La direttiva madre, come l'abbiamo chiamata, per la tornata 1998-2001 indicava come linee guida: un nuovo inquadramento del personale non dirigente, con una adeguata valorizzazione della professionalità e della responsabilità; una politica retributiva capace di valorizzare la produttività, la meritocrazia, la realizzazione degli obiettivi; un nuovo profilo professionale del personale dirigente, con una componente retributiva ancorata al raggiungimento dei risultati; la diffusione di rapporti flessibili di lavoro; la promozione di più ricche relazioni sindacali nell'ambito di ogni singola amministrazione o ente; l'incentivazione della formazione e dell'aggiornamento.

Sarebbe un fuor d'opera compiere, qui, una ricognizione di una tornata 1998-2000 che ha conosciuto la stipula di 103 contratti collettivi, di cui 21 accordi quadro, 44 di comparto (compresi quelli per il personale degli enti "a disciplina singolare"), 38 di interpretazione autentica, integrativi, ecc.; ci basta ritornare su alcuni istituti che, al tempo stesso, risultano strategici e problematici: strategici, perché segnano e caratterizzano la vicenda negoziale; problematici, perché costringono ad una difficile convivenza la disciplina legislativa e quella collettiva.

10. (Segue) La contrattazione nazionale di comparto e di area - a).

A monte della contrattazione di comparto, c'è l'accordo quadro 2 giugno 1998 che ne individua otto, cioè Ministeri, Enti pubblici non economici, Aziende autonome, Regioni e Autonomie locali, Servizio Sanitario nazionale, Scuola, Sanità, Ricerca (più Enti ex art. 70 d.lgs. 165/2001). E, passandola in rassegna, si constata l'influenza del d.lgs. n. 396/1997, laddove amplia l'ambito della contrattazione collettiva anche «alle relazioni sindacali» (ora art. 40, comma primo, d.lgs. 165/2001) e, rispettivamente, del d.lgs. n. 80/1998, laddove rivisita la partecipazione sindacale, col prevedere che siano i contratti collettivi nazionali a disciplinare «i rapporti sindacali e gli istituti della partecipazione anche con riferimento agli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro» (ora art. 9, d. lgs. n. 165/2001). Sulla scia di tali articoli, tutti i contratti di comparto hanno previsto un sofisticato *continuum* nell'ambito della partecipazione a livello decentrato, quale costituito da informazione (preventiva e/o successiva), consultazione, concertazione, tutte accompagnate dai relativi elenchi di materie; sofisticato ma problematico, perché tale da render incerta la linea di confine, non solo, fra l'una e l'altra fase interna alla partecipazione, ma anche e soprattutto fra la partecipazione e la stessa contrattazione integrativa. E se è vero che *ratio* e lettera dei contratti sembrano essere nel senso di mantenere la contrattazione integrativa nei limiti previsti in sede di rinvio, ciò nonostante nella stessa logica e struttura del *continuum* è implicito un rischio di *trespass*; *rischio* puntualmente verificatosi nella pratica.

In questa ampia gamma di linee guida quella che finisce per battezzare l'intera tornata, è la modifica dell'inquadramento professionale, preannunciata e predisposta dalla tornata precedente, con la previsione di apposite commissioni di studio. Senza la pretesa di ritornare *funditus* su una tematica già nota, sembra opportuno ricordare come la tipologia prescelta sia riducibile a due modelli fondamentali. // *primo*, riscontrabile nei contratti di comparto dei Ministeri e degli Enti pubblici non economici, è costruito su una sequenza area/posizione economica/profilo ricalcante quella consolidatasi nel settore privato, con le Aree (A, B e C) e le relative definizioni a far da denominatore per un trattamento comune e le posizioni economiche e rispettive declaratorie (complessivamente sette, più quattro *super* di mero sviluppo retributivo; nell'Area C sono inoltre inserite un'area dei professionisti dipendenti, nonché, per i Ministeri un'area di posizioni organizzative e per gli Enti non economici un'area dei medici), accompagnate dai profili professionali:

sono le posizioni economiche a corrispondere alle "qualifiche" di cui all'art. 52 del d.lgs. 165/2001. // *secondo* modello, ravvisabile nei contratti di comparto delle Regioni–Autonomie locali, delle Università e della Sanità, è articolato su quattro categorie per i primi tre e, rispettivamente, sei per l'ultimo (quattro più i livelli economici di sviluppo *B super* e *D super*, equiparabili), con le rispettive declaratorie e (eccezion fatta per l'Università) profili professionali: qui, invece, sono le categorie a far la parte delle qualifiche *ex art. 52, comma primo, d.lgs. 165/2001*.

Nella logica sindacale, una modifica dell'inquadramento è sempre interconnessa ad una prospettiva di carriera "orizzontale" (con conservazione della stessa qualifica) e "verticale" (con acquisizione della qualifica superiore). Nei contratti di comparto non sembra darsi eccezione a tale regola: quella orizzontale, è permessa dalla spendita dei fondi per il salario accessorio prima utilizzati per altre voci (produttività individuale e collettiva, straordinari, disagio e rischio etc.); quella verticale è resa praticabile dall'area di manovra aperta con piena consapevolezza a partire dal d.lgs. n. 80/1998 (ora art. 52, comma primo, d.lgs. 165/2001), laddove contempla l'adibizione del prestatore di lavoro alle mansioni «corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive». E, ad onor del vero, il primo e il secondo modello sopra ricordati hanno fatto uso dell'area di manovra loro riconosciuta dal dettato di quell'articolo; e ciò prevedendo promozioni, cioè passaggi da posizione a posizione economica (primo modello) e, rispettivamente, categoria a categoria (secondo modello), sia con il limitare il ricorso all'esterno - per coprire l'organico rimasto scoperto solo quando non sia possibile provvedervi dall'interno -; sia con il riservare il vero e proprio concorso pubblico all'accesso dall'esterno.

Qui, però, il risultato non è stato quello previsto, seppur non per uno sviamento della prassi, ma per un semaforo rosso acceso dalla magistratura. Come visto, auspice il difficile coordinamento fra quelli che costituiscono oggi gli artt. 35 e 52 d.lgs. 165/2001, di per sé espressivo di quel faticoso e tortuoso compromesso cui il legislatore delegato è stato più volte costretto a far procedere il suo vero intento, è stata la Corte Costituzionale a pronunciare per prima il suo *alt*, con una preoccupazione tutta "politica" circa una incontrollabile e incontrollata fuga verso l'"alto", vestita nella forma dell'art. 97, comma terzo, Cost.; ed è stata poi la Corte di Cassazione, sezione unite n. 15403/2003, a dover fare di necessità virtù col mutare il suo primitivo giudizio adeguandolo a quello costituzionale. Non è chiarissimo quel che la Corte intenda quando dice «si deve ritenere che le procedure che consentono il passaggio da un'area inferiore a quella superiore integrino un vero e proprio concorso tali

essendo anche le procedure che vengono denominate "selettive" qualunque sia l'oggetto delle prove che i candidati sono chiamati a sostenere», si da precludere ai sensi dell'art. 63, comma 4, alla giurisdizione della magistratura amministrativa; ma dà l'impressione di avere in mente proprio il passaggio da una qualifica inferiore ad una superiore.

C'è, poi, un punto su cui la contrattazione collettiva è stata costretta a fare i conti con una legge che, invece di precederla, l'ha seguita. Quasi tutti i contratti di comparto contemplano le c.d. posizioni organizzative, cioè funzioni di direzione di unità organizzative complesse o di esecuzione di attività altamente qualificate o ampiamente autonome, conferibili in via transitoria e revocabile, con la contestuale attribuzione di una indennità di posizione (non simili ma comparabili appaiono le "indennità di responsabilità" previste nel comparto Università). Tale innovazione risponde alla stessa duplice esigenza della istituzione dei quadri, che pur essendo la legge 13 maggio 1990, n. 190 applicabile *urbi et orbi*, non è riuscita a sfondare nel settore pubblico privatizzato: da un lato, assicurare alla dirigenza una area di manovra flessibile per la scelta degli immediati collaboratori, dall'altro, contenere il *pressing* per una dilatazione della stessa dirigenza. Solo che laddove la contrattazione di comparto aveva dato un dito, la l. n. 145/2002 all'art. 7 comma 3, ha finito per concedere la classica mano, con una vicedirigenza, di sicura matrice corporativa, di per sé idonea spiazzare le c.d. posizioni organizzative: idonea sulla carta, però, perché affidata a un *mix* di regolazione eteronoma ed autonoma, che in pratica non si è rivelato in grado di farla decollare.

b) Pure qui, a monte della contrattazione di area, c'è l'accordo quadro 25.11.1998, che, facendosi forte dell'innovazione legislativa apportata dall'art. 1 del d.lgs. 396/1997 circa la costituibilità di aree contrattuali autonome relative a uno o più comparti (vedi ora art. 40, comma secondo, d.lgs. 165/2001), ne definisce cinque, poi successivamente ritoccate, si da risultare oggi: l'Area I (Agenzie fiscali, Aziende, Enti pubblici non economici, Ministeri, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ricerca, Università); l'Area II (Regioni -Autonomie locali); l'Area III (Sanità: dirigenza amministrativa, sanitaria, tecnica, professionale); l'Area IV (Sanità: dirigenza medica-veterinaria) l'Area V (Scuola), più gli Enti ex art. 70 d.lgs. 165/2001.

Prima di passare ad una sia pur rapida ricognizione degli istituti disciplinati in questa seconda tornata, c'è da aprire con una notazione relativa all'ambito applicativo del contratto dell'Area I. A conferma di una certa tentazione pan-contrattualista, il contratto in parola si spinge ben oltre il limite previsto da un legislatore che, consapevole dell'essere il

dirigente di un ufficio dirigenziale generale l'interlocutore delle organizzazioni sindacali, intendeva sottrarlo al contratto collettivo, affidandolo al contratto individuale. Così, al suo art. 1, comma 2 sancisce che «i rapporti di lavoro dei dirigenti sono disciplinati dai contratti individuali, secondo le disposizioni di legge e sulla base di quanto previsto nel presente contratto», senza fare alcuna distinzione ed eccezione, mentre l'art. 24, comma 2, statuisce «per gli incarichi di uffici dirigenziali di livello generale» sia il contratto individuale a stabilire il trattamento economico fondamentale, semplicemente assumendo «come parametri di base i valori economici massimi contemplati dai contratti collettivi per le aree dirigenziali», nonché il trattamento economico accessorio.

Com'era facile attendersi, anche a seguito delle modifiche intervenute nel passaggio dalla prima alla seconda privatizzazione, fra gli istituti regolati a far la parte del leone sono quelli relativi alla graduazione delle funzioni e al conferimento degli incarichi. Qui pare sostanzialmente rispettata l'autonomia delle singole amministrazioni dato che i contratti si limitano a fornire solo alcuni criteri di carattere generale da rispettare nella graduazione delle funzioni dirigenziali; nonché a prevedere solo una informazione preventiva per i criteri relativi all'affidamento, al mutamento e alla revoca degli incarichi di direzione.

Di peculiare c'è una certa tendenza ad introdurre una disciplina garantista degli incarichi, contraria allo spirito se non alla lettera della legge, tale da produrre e rendere comprensibile la contro-reazione in materia della l. n. 145/2002 anche se, come spesso capita, spinta all'eccesso. A recitare il ruolo di trasgressore è sempre il contratto dell'area I che giunge a riconoscere un diritto all'incarico a capo del dirigente, nonché a preconstituire un obbligo per l'amministrazione al conferimento di un nuovo incarico almeno equivalente a quello vecchio per il dirigente che non sia stato oggetto di un espresso giudizio negativo, assumendo come equivalente «l'incarico cui corrisponde una retribuzione di posizione complessiva di pari fascia, ovvero una retribuzione di posizione complessiva il cui importo non sia inferiore del 10% rispetto a quello precedentemente percepito». E questo contratto finirà per influenzare anche il successivo di area V, con la previsione pure qui di un diritto all'incarico; e quello relativo al biennio economico 2000/2001 dell'area II, che, recuperando quanto non affermato nel precedente contratto del quadriennio normativo, introdurrà una «clausola di salvaguardia», con rinvio alla contrattazione decentrata circa l'integrazione economica spettante al dirigente nel caso di destinazione a un nuovo incarico con una retribuzione di posizione di importo inferiore, sempre che lo stesso non sia in corso in un giudizio negativo nell'espletamento di un nuovo incarico.

Strettamente connesso a questi istituti è quello della verifica e valutazione dell'attività dirigenziale, che viene rivisitato tenendo conto delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 286/1999, con l'introduzione di garanzie prevalentemente procedurali, tali comunque da non incidere sulle prerogative delle amministrazioni. Anche per quello che attiene all'estinzione del rapporto, almeno i contratti di II III e IV area scontano la novità relativa al Comitato dei Garanti, prevedendone esplicitamente l'introduzione non senza una certa tendenza espansiva: quelli di III e IV area ne estendono il ricorso oltre la responsabilità dirigenziale, prevedendolo anche nel caso di un licenziamento per responsabilità disciplinare.

11. (Segue) La contrattazione decentrata

Figlia di una seconda fase della riforma più comprensiva ed aperta rispetto all'autonomia delle parti a livello decentrato, la contrattazione nazionale della tornata 1998-2001 ha concesso una significativa area di manovra a quella integrativa, dotata, qui nel "pubblico", di una diffusione del tutto sconosciuta al "privato", in forza e virtù assai prima della forte "promozione" legislativa che della elevata sindacalizzazione. Basti ricordare che nei comparti le Rsu sono presenti e funzionanti per una percentuale vicina al 100%, di contro ad una percentuale ben inferiore per le imprese industriali (circa il 60% di quelle tra i 20 e i 49 dipendenti); ed, a sua volta, la negoziazione è generalizzata, in confronto ad una percentuale nettamente minore per le aziende industriali (intorno al 30% di quelle al di sopra dei 20 dipendenti).

Riprendendo l'indagine più ampia e documentata, svolta proprio sull'esperienza del quadriennio 1998-2001, c'è da sottolineare come il processo negoziale decentrato avviene nei comparti secondo uno schema caratterizzato in prevalenza da un numero di soggetti sindacali trattanti compreso fra i 4 e i 6; da piattaforme e da tavoli unitari, da conflitti contenuti, da sottoscrizioni congiunte da parte delle Rsu e delle organizzazioni sindacali. Da questo punto di vista, il modello appare "cooperativo", se non fosse che l'elevato tasso di negoziabilità (4 accordi per ogni amministrazione nel quadriennio) e il rilevante grado di portata della contrattazione (più di 10 materie), non alimentassero il sospetto di un travalicamento in un modello "cogestionale", col suo tipico aspetto di un iper-regolamento a 360 gradi, continuamente debordante dalla concertazione alla contrattazione.

Come ovvio, le materie privilegiate sono in prima battuta quelle della progressione orizzontale, regolata in base a criteri tradizionali, quali la capacità/prestazione individuale e l'anzianità (cosa giustificabile, con

riguardo alla fase di transizione dalla vecchia alla nuova classificazione, come sempre segnata da un'ampia e generosa sanatoria); nonché, in misura minore, della progressione verticale, disciplinata in forza di criteri di professionalità, con ricorso assolutamente prevalente alla selezione interna (caratteristica comprensibile, con rispetto a tutta una consolidata tradizione burocratica, ma, come visto, sindacata dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Cassazione). A queste se ne ricollegano altre strettamente interconnesse: le posizioni organizzative, introdotte di preferenza nelle amministrazioni molto piccole (in supplenza dei dirigenti) o molto grandi (in sostituzione dei quadri presenti nel privato); le voci del salario accessorio, trasformato e lasciato al *collective bargaining* decentrato, come dote spendibile per le progressioni orizzontali, le posizioni organizzative, le indennità di responsabilità; le tipologie flessibili, con una netta preferenza per il lavoro a tempo determinato ed il *part-time*.

Lo stesso processo sconta per i dirigenti sia la non elezione delle Rsu, sia la non universalità del *collective bargaining* decentrato, sostituito da quello individuale nelle piccole unità amministrative; ma, comunque, non si discosta significativamente dal modello già visto, se non per un minor tasso di negoziabilità e di portata della contrattazione, nonché per il ruolo del tutto prevalente svolto dalle organizzazioni sindacali nella trattativa e nella sottoscrizione. Come prevedibile, privilegia la problematica relativa alla valutazione e al controllo, inscindibilmente connessa con quella della retribuzione, che risulta essere squilibrata tutta a pro della voce relativa alla posizione, oggettiva e automatica, rispetto all'altra correlata ai risultati.

12. La tornata *in itinere* 2002-2005

Con riguardo alla contrattazione di comparto, c'è da segnalare una progressiva crescita di questi ultimi, che, a prender come referente il contratto collettivo quadro del 18 dicembre 2002, valido per il quadriennio 2002-2005, risultano essere: le Agenzie fiscali, le Amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, gli Enti pubblici non economici, Istituzioni di alta formazione e specializzazione artistica e musicale, Istituti ed enti di ricerca e sperimentazione, Ministeri, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Regioni e autonomie locali, Servizio sanitario Nazionale, Scuola, Università, più gli enti ex art. 70 d.lgs. n. 165/2001.

Ad aprire la danza, è sempre quella sopra battezzata come "direttiva madre", anche se la sua vera denominazione in perfetta lingua burocratica suona "Documento sulle linee generali e sulle priorità dei

rinnovi contrattuali 2002-2005". Un testo interessante, meritevole di una attenzione particolare per il giudizio consapevole espresso nei confronti del passaggio dalla fase "transitoria" della prima e della seconda tornata a quella "definitiva" aperta dalla terza, con tutte le luci e le ombre che lo contraddistinguono.

Alla prima e alla seconda tornata va riconosciuto il merito di aver portato a termine il processo di "trasformazione" della previgente disciplina pubblicistica, in forza e in virtù di quella peculiare procedura derogatoria rimasta oggi consegnata all'art. 69, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001, non senza, peraltro, il costo di una attività iper-regolativa. C'è qualcosa che richiama la vecchia e collaudata massima *excusatio non petita, accusatio manifesta* nel qualificare la produzione ipertrofica della doppia tornata contrattuale alle spalle come «fisiologicamente necessaria», ma, a dire il vero, era già scritta nella pulsione pan-contrattualista della riforma, confermata e rafforzata dalla stessa peculiarità della strumentazione ex art. 69, comma primo, tale da incentivare una trasformazione per sostituzione della vecchia disciplina *ex lege* con una nuova *ex contractu*. Il che perpetua la differenza in termini di regolazione fra lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e delle imprese, anche all'indomani della tendenziale *reductio ad unum* del sistema delle fonti: oggi percepibile *ictu oculi* dalla stessa ampiezza e incisività delle rispettive discipline collettive.

E' suonata l'ora della sistemazione e della razionalizzazione, cosa questa, che nelle parole della direttiva «significa anzitutto ispirare l'intera attività contrattuale ad un'attenta ed intensa opera di *drafting*, coordinando nei testi unici contrattuali... le discipline dei medesimi istituti sedimentatesi nelle tornate 1994-1997 e 1998-2001, intervenendo sulla omogeneità terminologica e sull'uniformazione dei riferimenti normativi interni, evitando la riproduzione testuale, nelle clausole contrattuali, di norme di legge o di regolamento vigente, ma curando, comunque, che l'assetto redazionale non costringa il lettore alla ricerca non contestuale dei testi richiamati».

Parole tranquillizzanti, ma non tali da occultare tutta una serie di problematiche pesanti lasciate in eredità dalle tornate precedenti, che riemergono nel testo della stessa direttiva, sia pure con formule attenuate fino a risultare anodine. Significativo in tal senso è il modo in cui viene affrontato il tema caldo, se non caldissimo, del rapporto tra le fonti, che, sulla linea dei protocolli d'intesa Governo-Sindacati del 4 e 6 febbraio 2002 e della direttiva 1 marzo 2002, richiamati *expressis verbis*, sembrerebbe preoccupare soprattutto con riguardo al possibile esproprio della legge a danno della contrattazione. Tant'è che subito dopo si enfatizza quell'art. 2, commi 2 e 3 di quel d.lgs. n. 165/2001, inteso a

precostituire un cordone di sicurezza intorno al perimetro dell'area riservata alla contrattazione collettiva.

Se però si ha la pazienza di continuare a leggere fino al paragrafo dedicato alla contrattazione collettiva integrativa, è possibile riscontrare un forte e puntuale richiamo ai contratti nazionali perché tengano briglie strette sui contratti decentrati, onde evitare surrettizie invasioni di ambiti loro sottratti. Non è difficile cogliere la lezione dei fatti nel vincolo posto agli stessi contratti nazionali di «distinguere la negoziazione dalle altre forme di partecipazione sindacale, che senza dar luogo alla sottoscrizione di contratti collettivi sono dirette a realizzare il coinvolgimento delle rappresentanze sindacali dei dipendenti», sì da «evitare confusione fra le materie oggetto, distintamente, di informazione, concertazione e consultazione e materie oggetto di contrattazione, chiarendone preliminarmente l'ambito specifico».

C'era, poi, da fare i conti con quel macigno pesantissimo posto da Corte cost. n. 194/2002 sul cammino dei nuovi sistemi di classificazione del personale varati nella seconda tornata. E qui la direttiva se la cava alla bene e meglio, cioè suggerendo di tenere presenti ed adottare i principi deducibili da quella sentenza, letti e interpretati nei termini meno traumatici e più assorbibili, senza chiedersi quali siano i margini di effettiva conciliabilità; e su questa via indirizza la contrattazione nazionale ad aggiornare la materia delle progressioni professionali secondo la seguente scansione: valorizzare «maggiormente professionalità e merito, evitando che l'anzianità di servizio si risolva nel parametro determinante per le progressioni», puntualizzare i «contenuti della prova scritta di ammissione al corso di riqualificazione, affinché la stessa assuma un particolare carattere di selettività», prevedere «in una percentuale congrua l'accesso dall'esterno, nell'ambito dei posti disponibili a livello di singola posizione messa a concorso», escludere «nelle progressioni la possibilità del doppio salto di livello».

A onor del vero, però, quest'atto di obbedienza nei confronti del giudice delle leggi pare fatto a cuor contento, perché finisce per trovarsi in linea con il *refrain* dominante della direttiva, cioè di un recupero di efficienza ed efficacia. Motivo, questo, percepibile, come si è visto, in una più chiara e rigida distinzione dei ruoli tra amministrazione e sindacati ed in una più selettiva disciplina delle carriere professionali; ma anche in una politica retributiva caratterizzata, fra l'altro, dall'abolizione degli automatismi e dalla incentivazione della produttività ed una ribadita apertura alla diffusione e sviluppo di tipologie flessibili di lavoro - che, peraltro, oggi deve fare i conti con l'esplicita esclusione dalla nuova disciplina introdotta con il d.lgs. n. 276/2003 -, nonché alla mobilità pubblico-privato.

Né manca la consapevolezza che alla base c'è la risorsa umana, tanto da dedicare un'enfasi particolare all'incentivazione della formazione professionale. Cosa apprezzabile quanto altra mai, perché ogni riforma cammina con le gambe della gente. Ed ogni riforma passa ma la gente resta, se non fosse che per scelta comprensibile e giustificabile a venire in primo piano è il *plus* richiesto dal nuovo stile richiesto e dal nuovo tipo di strumentazione disponibile, a cominciare da quella informatica, mentre rimane sullo sfondo la preparazione di base. E qui le note sono veramente dolenti, almeno a giudicare dalla distribuzione dei titoli di studio, come risultante dalla relazione della Corte dei Conti sul costo del lavoro pubblico nell'anno 2000: fatto il totale uguale a cento, nel settore statale, la scuola dell'obbligo vanta una percentuale del 26,1%, la media superiore del 46,7%, la laurea del 26,7% e il *post* laurea dello 0,4%; mentre nel settore non statale, rispettivamente del 40%, del 51,5%, dell'8,2%, dello 0,2%. Verrebbe da dire, buona fortuna.

A quanto risulta a tutt'oggi la situazione per i principali contratti di comparto è la seguente: nei Ministeri, negli Enti pubblici non economici, nelle Regioni e autonomie locali, nella Sanità e nella Scuola hanno chiuso il normativo 2002-2005 e l'economico 2002-2003; mentre nelle aree dirigenziali siamo ancora ai blocchi di partenza. Mi riservo di ragionare su questa tornata una volta conclusa, per l'intanto mi sembra di poter anticipare come si sia rivelato estremamente faticoso sia recuperare spazi già conquistati dai sindacati, sia ritornare sui sistemi di classificazione, mentre, poi, una particolare attenzione è stata dedicata a una materia lasciata fuori dalla citata direttiva, ma certo bisognosa di rivisitazione anche in ragione della l. n. 97/2000, cioè quella disciplinare.

13. L'onda lunga della giurisdizione ordinaria

Con quella tipica attitudine italiana a fronte di ogni grande riforma, anche le più alte istituzioni giudiziarie, Consiglio di Stato e Consiglio Superiore della Magistratura vestirono i panni di vere e proprie cassandre alla vigilia della c.d. privatizzazione, accompagnate dal coro di parti significative delle dottrine amministrativistiche e lavoristiche. Al di là della spendita d'obbligo di eccezioni di costituzionalità ad onore del vero non tutte prive di un qualche fondamento alla luce dei precedenti indirizzi del giudice delle leggi, riserve e critiche toccavano due questioni nevralgiche messe in forse dal cambio di giurisdizione. Di "copertura" delle posizioni soggettive, la prima, affermandosi che la tutela sarebbe riuscita se non dimidiata certo diminuita dalla sparizione degli interessi legittimi e dei poteri di annullamento; di "ingestibilità" delle domande di giustizia scaricate sulla giurisdizione ordinaria, la seconda, sostenendosi che la

magistratura del lavoro sarebbe risultata sovraccaricata se non travolta dalla prevedibile alluvione dei ricorsi.

A distanza di più di un decennio, nulla di quanto temuto, non senza almeno un pizzico di interesse di bottega, si è verificato. Come visto, la Corte Costituzionale ha riallineato il suo indirizzo precedente alla privatizzazione, confermando quell'atteggiamento di *self restraint* a fronte di riforme caratterizzanti una legislatura e una maggioranza; e come ci dice a chiare lettere e numeri l'esperienza dei fatti, non v'è stata alcuna deprivatione di copertura né alcuna ingestibilità. Senza escludere la concorrenza di altre cause "esterne", certo la strumentazione apprestata dal legislatore delegato si è rivelata se non vincente su tutta la linea, senza dubbio capace di ammortizzare le sopravvenienze: da un lato, correlando una privatizzazione espansiva (v. in particolare gli artt. 2 e 5 del d. lgs. n. 165/2001) ad una giurisdizione ordinaria dilatata nei suoi poteri (art. 63 del d. lgs. n. 165/2001); dall'altro, introducendo un tentativo obbligatorio di conciliazione *ad hoc* (artt. 65 e 66 del d. lgs. n. 165/2001) ed un nuovo tipo di arbitrato irrituale (art. 412 *ter* c.p.c.), nonché un peculiare accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi (art. 64 del d. lgs. n. 165/2001).

A conti fatti la magistratura ordinaria ha ben presidiato la linea di confine della sua nuova area, senza dubbio facilitata da una magistratura amministrativa sostanzialmente soddisfatta dal "compromesso" consacrato dal d.lgs. n. 80/1998; un compromesso, condotto secondo il moderno criterio di ripartizione per materie, che la compensava dell' "osso" del pubblico impiego privatizzato con la "polpa" di alcune materie strategiche. Ma la stessa magistratura ordinaria ha amministrato altrettanto bene la provincia acquisita, con un uso a tutto campo della vecchia e della nuova strumentazione disponibili, sì da confermare la lezione a suo tempo anticipata dalla dottrina simpatetica alla riforma, circa la non criticità della sparizione degli interessi legittimi.

Rinviando qui all'ormai abbondante messe di decisioni giurisprudenziali e di note, commenti, saggi dottrinali, c'è da prendere atto che non c'è stato alcun diluvio biblico degno d'essere ricordato. Nell'intero periodo 1998/2002 il totale dei ricorsi è ammontato a 843.000, di cui 798.000 relative al lavoro "privato" (94,66%) e 45.000 al lavoro "pubblico" (5,33%); non solo, perché nel quinquennio il sub-totale relativo ad ogni singolo anno è andato regolarmente calando, per l'uno e per l'altro tipo di lavoro. Mentre - dato atteso, ma forse sottostimato - il complesso dei ricorsi di lavoro sopravvenuti presso i Tar è diminuito dai 27.000 del 1998 ai 12.000 del 2002.

Se in questo ridimensionamento ha giocato più di un fattore, certo rilevante è stato il ruolo svolto dalle conciliazioni obbligatorie gestite dalle

direzioni provinciali del Ministero del lavoro: nel periodo 1997-2001, sono raddoppiate da circa 40.000 a circa 80.000, con un 10% relativo al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Poco o nulla del deflazionamento del contenzioso è attribuibile all'arbitrato irrituale, regolato dal contratto collettivo nazionale quadro 23 gennaio 2001, sostanzialmente ripreso e reiterato dal successivo del 19 marzo 2003: fatto, questo, che senza dubbio deve scontare il suo ritardato e faticoso varo, ma, pur sempre, viene a confermare un radicato e diffuso atteggiamento di diffidenza verso un istituto proprio di una "cultura del terzo", estranea alla nostra tradizione e alla nostra prassi, collocato com'è a mezzo fra le "libertà" della conciliazione e le "garanzie" della giurisdizione. Tanto più che qui gioca contro la peculiarità di un datore di lavoro pubblico, portato per mentalità, educazione, disciplina giuridica a saltare direttamente dalla conciliazione obbligatoria alla giurisdizione, senza passare per la tappa intermedia dell'arbitrato, come ben prova la pur rarefatta esperienza di una scarsissima disponibilità delle pubbliche amministrazioni ad accogliere le richieste di attivazione avanzate dai lavoratori.

Sorprende, a prima vista, che il più sofisticato pezzo dell'intera nuova strumentazione resa disponibile alla magistratura ordinaria, cioè il ribattezzato ricorso *per saltum* alla Corte di Cassazione, non abbia trovato il favore atteso. Non più di tanto, però, perché, in attesa di un auspicabile esame dei giudizi di primo grado, capace di approfondire il motivo sul campo, c'era da attendersi una forte ritrosia dei giudici ad attivare un procedimento articolato su un rinvio all'interpretazione autentica ed, eventualmente, su un ricorso alla Corte Suprema; e ciò sia per una nozione alta della loro competenza, sia per una comprensione pragmatica dell'esigenza delle parti ad una conclusione tempestiva.

14. La riforma costituzionale "permanente": dalla legge costituzionale n. 3/2001 al testo approvato in prima lettura dal Senato della Repubblica

Pochi mesi dopo il varo del d.lgs. n. 165/2001, vede la luce la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 destinata a riscrivere il Titolo V della Costituzione. Ispirata alla vecchia logica di una ripartizione della competenza legislativa in base al criterio delle materie, essa la riproduce, solo invertendo la sequenza recepita nel vecchio testo; e questo, facendo propria una versione caricaturale della regola aurea del federalismo, cioè di una sovranità/legittimazione procedente dai Governi periferici verso quello centrale. Senza riprodurre una *querelle* a tutt'oggi in atto, sembra

possibile riconoscere che in dottrina prevale la lettura di una distribuzione del diritto del lavoro tale da assicurare alla *competenza esclusiva dello Stato* sia il regime dei contratti e dei rapporti di lavoro, facendo leva, anzitutto, sulla etichetta «ordinamento civile» (art. 117, comma 2, lett. l) e/o su quella «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 117, comma 2, lett. m) sia il sistema della «previdenza sociale» (art. 117, comma 2, lett. o); alla *competenza concorrente Stato-Regioni* sia il regolamento del mercato del lavoro, forzando sull'ambigua e generica denominazione «tutela e sicurezza del lavoro» (art. 117, comma 3), sia il sistema della «previdenza complementare e integrativa» (art. 117, comma 3); *alla competenza residuale delle Regioni*, il trattamento di materie non richiamate negli elenchi precedenti di cui all'art. 117, commi 1 e 2, fra cui, *par excellence*, l'orientamento e la formazione professionale. Tutto questo sembra così facile da risultare elementare, ma il criterio di distribuzione per materie si è confermato, oggi come ieri, non solo tremendamente complicato da tradurre in definizioni/contenitori non contingenti – rimesse al legislatore ordinario - e non sovrapponibili; ma anche e soprattutto di diritto e di fatto incompatibile con il principio di sussidiarietà, assai più e meglio sincronico e sintonico con l'altro criterio di attribuzione per funzioni. Tant'è che nella recente Corte cost., sentenza 25 settembre-1 ottobre 2003, n. 303 – la più elaborata e citata pronuncia in argomento – il Giudice delle leggi rende da rigido a flessibile il criterio di riparto per materie, funzionalizzandolo in ragione di un criterio di solidarietà espunto dall'art. 118, comma 1, Cost. e reso principio cardine, seppur non senza qualche salto logico e qualche rischio di rendere facilmente violabile il confine fra competenza dello Stato e, rispettivamente, delle Regioni, tutto a *pro* del primo e a scapito delle seconde.

Quel che qui interessa è la competenza regionale non tanto sul lavoro in generale, quanto sul lavoro svolto ed espletato alle dipendenze delle Regioni o dei loro Enti. Semplificando al massimo, le risposte date sono sostanzialmente due, a seconda che si mantenga ferma o meno la sequenza sopra vista circa la ripartizione della competenza. Chi lo fa, ritiene non esservi alcuna eccezione per le Regioni, perché il loro personale privatizzato ricade nel contenitore «ordinamento civile», a competenza esclusiva dello Stato: dunque il d.lgs. n. 165/2001 rimane fermo anche per loro, seppur nei limiti previsti per le Regioni a Statuto ordinario e speciale. Chi, viceversa, non lo fa, conclude nel senso di una precisa e puntuale eccezione per le Regioni, perché il loro personale, viene attratto nel contenitore "ordinamento e organizzazione amministrativa della Regione e degli Enti pubblici regionali", a

competenza residuale delle regioni, argomentando a contrario dall'esplicita inclusione dell'«ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali » nell' art. 117, comma 2, lett. g).

Un conto è ragionare a tavolino, un conto completamente diverso è farlo nel quotidiano confronto, sicché pare auspicabile una sorta di compromesso, all'insegna dell'usato e abusato motto *in media stat virtus*; tanto più che, oggi, diversamente da ieri, quanto tenuto fuori dalla competenza esclusiva dello Stato ricade in quella non più concorrente Stato-Regioni, bensì residuale delle Regioni. Un compromesso già consumato da una parte della dottrina, che tende a distinguere fra regime del personale dirigente e non dirigente, prospettando per quest'ultimo un maggior potere di intervento del legislatore regionale, per tutto e solo per quello che risulti intrecciato e interconnesso col profilo organizzativo, questo sì, ormai attribuito *in toto* al livello regionale. Non è detto, però, che ne debba seguire alcun significativo cambiamento, dato che, ai sensi del visto art. 27 d.lgs. 165/2001, l'area di manovra delle Regioni è piuttosto ampia.

Si è detto e scritto che il problema più serio lasciato in eredità dalla riforma del Titolo V sarebbe costituito dalla rappresentanza legale a capo dell'Aran per la contrattazione nazionale, quadro, di comparto e di area. Ma se si condivide l'indirizzo mediano prescelto per le Regioni a statuto ordinario, dovrebbe concludersi che queste non potrebbero *sic et simpliciter* chiamarsi fuori dal regime vigente, pur meritevole d'essere corretto e adeguato, come per esempio dando vita a una distinta rappresentanza all'interno dell'Aran e ad una distinta contrattazione riservata alle sole Regioni.

Diverso è il discorso per le Regioni a statuto speciale, se ed in quanto si ritenga essere venuto meno il limite costituito dal rispetto delle norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica, ripreso dallo stesso art. 1, comma terzo, d.lgs. 165/2001, tanto più che questo limite era stato assunto dalla giurisprudenza costituzionale come fonte dell'obbligo per le stesse Regioni a statuto speciale «di disciplinare determinati oggetti in materia di personale con il ricorso all'accordo sindacale come strumento necessario ed alternativo alla legge (...) ovvero il presupposto dell'accordo con i sindacati in sede regionale» (Corte Cost. 18 ottobre 1996, n. 352). Non esiste a tutt'oggi un punto di vista univoco, né in dottrina, né nella giurisprudenza costituzionale fino ad ora disponibile, come ben testimoniano, da un lato, Corte Cost. n. 274/2003 (contrario alla sopravvivenza) e, dall'altro, Corte Cost. 314/2003 (favorevole).

Deve essere però sottolineato come, nel contesto di una ben prevedibile e prevista tendenza ricentralizzatrice, la Corte sia andata scoprendo e valorizzando principi di riconduzione alla sede nazionale e di uniformizzazione, quali quello già visto della sussidiarietà (art. 118, comma primo) e della «perequazione delle risorse finanziarie» (art. 117, comma secondo, lett. e), con una ricaduta potenziale o addirittura attuale sulla *subiecta* materia (a quest'ultimo riguardo vedi corte Cost n. 2, 3, 4, 5, 12/2004 sulla legge 28 dicembre 2001, n. 448).

Il bello è che tutto questo pare riguardare un presente di poco respiro, perché mentre il nuovo Titolo V sta emettendo i primi vagiti, già il Senato della Repubblica ha licenziato in prima lettura un ben più sostanzioso e incisivo ritocco del nostro testo costituzionale. A ben guardare, il passaggio dal proporzionale al maggioritario ha reso estremamente tellurico il nostro testo costituzionale, destinato ad essere rivisitato e rivisto ad ogni cambio di maggioranza, sì da perdere il suo significato originario di grande compromesso istituzionale-politico *super partes*, per acquisirne uno congiunturale di abito su misura della coalizione volta a volta premiata dalle urne.

Solo che il cambio è in crescendo: ieri un aggiornamento del solo Titolo V, oggi un rimescolamento dell'intera seconda parte. A prescindere da un giudizio di merito, si può dire che l'aumentato ruolo riconosciuto alle Regioni tramite la costituzione di un Senato federale, è in sé per sé condivisibile; il problema dell'equilibrio fra Stato e Regioni non si risolve solo spostando più potere centrale alla periferia, secondo un primitivo criterio "spartitorio" quale quello delle materie, ma soprattutto, portando alla periferia a condividere più potere centrale, coinvolgendola direttamente e immediatamente nel processo decisionale *par excellence*, cioè quello parlamentare.

Chi vivrà vedrà, come recita un adagio popolare, ricco di una sua cinica saggezza. Per l'intanto vale la pena ritornare sul nostro art. 117, il cui comma 4, destinato alla competenza residuale/esclusiva delle Regioni verrebbe modificato riconducendovi: «a) assistenza e organizzazione sanitaria; b) organizzazione scolastica, gestione degli istituti scolastici e di formazione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche; c) definizione della parte dei programmi scolastici e formativi di interesse specifico della Regione; d) polizia locale; e) ogni altra materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato». Una variante che, come ho avuto occasione di ricordare in altro scritto, risulta assai meno eversiva e drammatica di quanto si voglia far credere, incapsulata com'è all'interno di un articolo rimasto per il resto immutato; ma rinviando in proposito a quanto già detto; mi limito qui ad osservare come una questione rilevante per il nostro discorso potrebbe essere costituita dalla

parola «organizzazione» riferita alla Sanità e alla Scuola, riproponendosi qui la stessa domanda se debba essere intesa in senso ristretto o lato, cioè limitata agli uffici o estesa anche al personale.

15. La nostalgia per una legislazione “dissociata”: la legge delega n. 30/2003 e il d.lgs. n. 276/2003

Devono passare un paio d’anni dal d.lgs. n. 165/2001 perché veda la luce quella legge delega 14 febbraio 2003, n. 30, meglio nota come “legge Biagi”, che rimette in discussione la regola base della c.d. “privatizzazione del pubblico impiego”: se, l’art. 2, comma 2, del primo testo pone la regola per cui la disciplina applicabile è quella privatistica generale, c.d. “comune, salvo esplicita previsione in senso diverso («i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinate dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi di lavoro subordinato dell’impresa fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto»); a sua volta l’art. 6 della seconda introduce una significativa eccezione, per cui la prevista disciplina riesce applicabile al personale delle pubbliche amministrazioni, solo se ed in quanto espressamente richiamata («le disposizioni degli articoli da 1 a 5 non si applicano al personale delle pubbliche amministrazioni ove non siano espressamente richiamate»).

Un’eccezione, questa, non prevedibile neppure tenuto conto della particolare natura della tipologia regolata all’insegna della flessibilità, perché l’art. 36, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001, pur dedicando una distinta attenzione alle «forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale», rinviava «nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale» all’individuazione fattane «dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa»; nonché, per «la disciplina dei contratti a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo» alla contrattazione collettiva nazionale, in applicazione della relativa legislazione così come successivamente modificata o integrata. D’altronde, l’esperienza evidenziata da una prima indagine, condotta dall’Aran, testimonia sì per il 2001 una percentuale ancora ridotta di rapporti flessibili, cioè circa il 15%, con una distribuzione che privilegia il tempo determinato, il *part-time* e i *co.co.co.* (tutti intorno al 4-5%) rispetto all’interinale e alla formazione e lavoro (entrambi presenti in percentuali irrilevanti); ma con un *trend* ascendente rispetto al 2000 (circa un 20% in più), indicato come l’anno zero, tale da far presumere che sia continuato anche in seguito, con un andamento apprezzabile, anche se significativamente inferiore a quello riscontrabile

nel settore privato. Da un punto di vista più analitico e disaggregato, è possibile notare come il tempo determinato e il *part-time* trovino il loro terreno elettivo nei Ministeri; mentre i *co.co.co.* attecchiscono specialmente nelle Autonomie locali e nelle Università.

Non è facile capire il perché di questa eccezione; ma è presumibile che abbia giocato più di una ragione, a partire da una squisitamente politico-culturale, alimentata dalla vecchia e mai doma resistenza alla privatizzazione. Tant'è che qualche iniziativa in contro-tendenza è venuta ad emergere nello stesso torno di tempo, sia nella legislazione, come ben testimonia la l. n. 145/2002 (peraltro v. Cass., 5659/2004); sia nella giurisprudenza costituzionale o ordinaria, come ben certifica prima le sentenze della Corte cost. nn: 1/1999, 2/2001, 194/2001, 273/2002, e, poi, la Corte di Cass., sez. un., n. 15403/2003.

C'è, però, una differenza essenziale, perché la legislazione e la giurisprudenza sopra ricordate muovono verso la "ripubblicizzazione", tentata o realizzata, mentre la l. n. 30/2003 procede nel senso della "diversificazione" di una disciplina che può ben rimanere privatistica. Se così è, a giocare il ruolo principale deve essere stata qualche altra ragione meno teorica, e più pratica, come quella di essere stata la legge pensata e gestita dal Ministro del Lavoro, con una chiara e puntuale destinazione alla parte imprenditoriale, da incentivare tramite una moltiplicazione dei tipi e dei rapporti negoziali. Sicché non si trattava solo di chiamare in causa anche il Ministro della Funzione pubblica, ma anche di adattare e stemperare la valenza politica di quella destinazione; e questo con la conseguenza di un duplice sovraccarico: costituito, *il primo*, da un indurimento della resistenza sindacale, una volta che la flessibilizzazione fosse stata estesa dal settore privato a quello pubblico, anche "privatizzato", regno di una stabilità fino alla inamovibilità, coltivata in fatto pur se non sempre consacrata in diritto; rappresentato, *il secondo*, da un affinamento tecnico, tale da richiedere ulteriori apporti qualificati e tempi lunghi.

Nel cammino dalla legge delega al d.lgs. n. 276/2003, durato un semestre abbondante, la vicenda si complica e si ingarbuglia, quasi che, nel passare dai principi al dettaglio, il legislatore finisse per dubitare di una scelta iniziale così secca e rigida. Se è vero che, per onor di firma, la preclusione della prima viene ripresa e ribadita nell'art. 1, comma 2, del secondo, con formula ancor più *tranchant* («il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale»), si da rinforzare l'idea che sia del tutto assoluta e insuperabile; è, altresì, vero che gli articoli successivi estendono alcuni istituti, come gli artt. 54, comma 2 («i contratti di inserimento possono essere stipulati da... enti di ricerca pubblici») e 86, comma 9 («sia la disciplina della

somministrazione... di lavoro a tempo determinato sia le sanzioni di cui all'art. 19» si applicano anche nei confronti della pubblica amministrazione). Non è tutto, perché, poi, lo stesso art. 86, comma 9, salva un istituto "obsoleto" solo per le pubbliche amministrazioni («esclusivamente per loro la vigente disciplina in materia di contratti di formazione e lavoro... trova applicazione»), (vedi, al riguardo anche l'art. 3, comma 63 della l. 24 dicembre 2003, n. 350).

Questo, senza tener conto che vi sono disposti i quali intervenendo a modifica parziale del precedente regime, finiscono per far coesistere fianco a fianco un regolamento di istituti come il trasferimento d'azienda e il *part-time*, *pro quota* comune e *pro quota* differenziato: per le pubbliche amministrazioni sopravvive *in toto* il vecchio testo; per le imprese vige un *mix* di vecchio e nuovo testo, così dando vita ad un palpabile contrasto di cui è difficile spiegare il perché e neppure è tanto facile calibrare il risultato interpretativo (v. artt. 32 e 46 d.lgs. n. 276/2003). E per finire, viene da menzionare quel che appare un *lapsus* tecnico ancor prima che un piccolo imbroglio interpretativo, cioè quell'art. 85 abrogativo, fra l'altro, della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, per cui alla lettera dovrebbe ritenersi essere l'effetto limitato ai dipendenti delle imprese, non essendone prevista esplicitamente l'estensione anche a quelli delle pubbliche amministrazioni.

Da questo *stop and go* parrebbe doversi dedurre che il legislatore delegato abbia inteso recuperare un *tot* di flessibilità anche per il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, se pur con un intendimento confuso e reso in modo approssimativo, tanto da lasciarsi alle spalle un autentica girandola di fuochi d'artificio interpretativi. Ma, attenzione, proprio la regola generale dell'esclusione menzionata dall'art. 6 della l. n. 30/2003 e ripresa dall'art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 276/2003, finisce per giocare per il mantenimento di una vecchia flessibilità, messa al bando dalla nuova legislazione: ne sia o meno consapevole il legislatore, quella regola esclude la "sostituzione" dei co.co.co coi lavori a progetto, sì da permetterne la sopravvivenza proprio e solo nell'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, dove l'uso ne è stato e ne sarà, di fatto, se non di diritto, tanto "spregiudicato" quanto lo era fino a ieri nel lavoro alle dipendenze delle imprese, senza il rischio di alcun effetto sanzionatorio "reale". Al riguardo vale la pena di richiamare la già citata ricerca dell'Aran sugli istituti di lavoro flessibile, laddove ricorda che, ai sensi del d.lgs. n. 165/2001, art. 7, comma 6, «per esigenze con cui non possono far fronte con personale in servizio le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali ad esperti di provata competenza», sì da delimitare rigorosamente il ricorso ai co.co.co., ma, poi, la prassi applicativa rivela un uso abbastanza

disinvolto, in un *continuum* procedente dai veri e propri lavori autonomi ad altri sconfinanti nei lavori subordinati.

Proprio in *articulo mortis* il legislatore delegato pare dar luogo ad un ravvedimento operoso, facendo carico a quel "convitato di Pietra" del Ministro per la funzione pubblica di convocare «le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche per esaminare i profili di armonizzazione conseguenti all'entrata in vigore del presente decreto legislativo entro sei mesi anche ai fini dell'eventuale predisposizione di provvedimenti legislativi in materia». Un impegno... a impegnare il Parlamento, se non fosse che il Dipartimento della funzione pubblica ha tentato un *escamotage* predisponendo, alla fine del mese di febbraio, un atto di indirizzo all'Aran finalizzato a by-passare il meccanismo di cui all'art. 86 dandogli un diretto e immediato sbocco contrattuale: un accordo nazionale quadro diretto a stabilire il contesto generale di riferimento per i contratti collettivi di comparto destinati a specificare il dettaglio in relazione alle rispettive attività istituzionali e professionalità regolate. Un disinvolto tentativo di rovesciare la gerarchia delle fonti, sì da promettere al massimo di venire al mondo vivo ma non vitale; solo che forse proprio per questo lo stesso processo gestazionale è apparso generico e approssimativo, sì da perdersi cammin facendo.

Se questo è tutto, non c'è che riprendere il titolo di una celeberrima commedia, "Aspettando Godot".

Bologna, 12 maggio, 2004

16. Riferimenti bibliografici essenziali

Aran

2002 Atti del seminario "Il sistema delle relazioni sindacali nel pubblico impiego", Roma, 25 giugno 2002.

AA.VV.

1999 *La giurisprudenza sul lavoro pubblico dopo la privatizzazione*, in *LPA*, 771.

2000 *Orientamenti giurisprudenziali in tema di rappresentatività sindacale e definizione dei comparti di contrattazione*, in *Arannewsletter*, 6, 20.

2001 *Il testo unico del pubblico impiego*, in *LPA*, suppl. n. 2.

2002 *Dirigenza statale e dirigenze nella pubblica amministrazione*, in *LPA*, 837.

2003 *Rappresentanza e rappresentatività nel mondo del lavoro*, in *Arannewsletter*, inserto, 3, 1.

2004 *L'interpretazione del contratto collettivo*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza. Quaderni di diritto del lavoro*, 1.

Battini S.

2003 *Il personale*, in Cassese S. (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 373.

Bordogna L.

1998 *Le relazioni sindacali nel settore pubblico*, in Cella G.P. Treu T. (a cura di) *Le nuove relazioni industriali: l'esperienza italiana nella prospettiva europea*, Il Mulino, Bologna, 297.

2002 (a cura di), *Contrattazione integrativa e gestione del personale nelle pubbliche amministrazioni: un'indagine sull'esperienza del quadriennio 1998-2001*, Franco Angeli, Milano.

Borghesi D.

2003 *Bilanci e prospettive per l'arbitrato e la conciliazione previsti dai contratti collettivi*, in *LPA*, 6, 1057.

Carinci F

1997 *Una riforma aperta fra contrattazione e legge (dalla tornata contrattuale 1994-1997 alla nuova legge delega)*, in Carinci F. (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffrè, Milano.

- 1998a *La dirigenza nella seconda fase della privatizzazione: la legge delega n. 59/1997 e i decreti legislativi nn. 396/1997 ed 80/1998*, in Carinci F. D'Orta C. (diretto da) *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. I contratti collettivi per le aree dirigenziali. Commentario*, Giuffrè, Milano, XVII.
- 1998b *"Costituzionalizzazione" e "autocorrezione" di una riforma (la c.d. privatizzazione del rapporto di impiego pubblico)*, in ADL, 1, 35.
- 2000 *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in ADL, 1, 55.
- 2004 *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in Carinci F. (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, XXIX.

Carinci F, D'Antona M.

- 2000 (diretto da) *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffrè, Milano.

Corte Costituzionale

- 1999 *La giustizia costituzionale nel 1998, Conferenza Stampa del Presidente Renato Granata*, Palazzo della Consulta, 22 febbraio 1999, in www.cortecostituzionale.it.
- 2000 *La giustizia costituzionale nel 1999, Conferenza Stampa del Presidente Giuliano Vassalli*, Palazzo della Consulta, 20 gennaio 2000, in www.cortecostituzionale.it.
- 2001 *La giustizia costituzionale nel 2000, Conferenza Stampa del Presidente Cesare Ruperto*, Palazzo della Consulta, 23 febbraio 2001, in www.cortecostituzionale.it.
- 2002 *La giustizia costituzionale nel 2001, Conferenza Stampa del Presidente Cesare Ruperto*, Palazzo della Consulta, 11 febbraio 2002, in www.cortecostituzionale.it.
- 2004 *La giustizia costituzionale nel 2003, Conferenza stampa del Presidente Gustavo Zagrebelsky*, 2 aprile 2004, in www.cortecostituzionale.it.

Corte dei Conti

- 2001 *Il costo del lavoro pubblico negli anni 1998 e 1999*. Relazione al parlamento prevista dall'art. 65 del decreto legislativo n. 29 del 3 febbraio 1993, Roma.
- 2001 *Il costo del lavoro pubblico nell'anno 2000*. Relazione al Parlamento prevista dall'art. 60 del d.lgs. n. 165 del 30 marzo 2001, Roma.

2002 *Relazione sul rendiconto generale dello Stato per il 2001* in www.corteconti.it.

2003 *Relazione sul rendiconto generale dello Stato per il 2002* in www.corteconti.it.

Di Cocco D., Mastrogiuseppe P., Tomasini S.

2003 (a cura di) *Gli istituti di lavoro flessibile nella P.A. e nelle autonomie locali*, in *Arannewsletter*, Inserto, 5, I.

Dipartimento della funzione pubblica e Istituto Guglielmo Tagliacarne

2002 *La direzione del personale nelle amministrazioni centrali dello Stato*, in www.ref-online.it/pannelli/documenti/tagliacarne.pdf.

Forum P.A.

2003 *I numeri del pubblico impiego*, in [wwwforumpa.it](http://www.forumpa.it).

Garoia M.

2002 *Le Rappresentanze sindacali unitarie nel pubblico impiego. Dati a confronto anni 1998-2001*, Ufficio Relazioni sindacali ARAN, dattiloscritto.

Istituto di studi e analisi economica

2002 *Rapporto annuale sull'attuazione del federalismo*.

2003 *Rapporto annuale sull'attuazione del federalismo*.

Mainardi S.

2003 *D.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, in *LPA*, 1069.

Matteini P.

2003 *L'accordo quadro in materia di conciliazione e arbitrato nel settore pubblico: i primi risultati*, in *LPA*, 43.

Organismo di coordinamento dei Comitati di Settore Dipartimento della Funzione Pubblica

Documento sulle linee generali e sulle priorità dei rinnovi contrattuali 1998-2001.

Documento sulle linee generali e sulle priorità dei rinnovi contrattuali 2002-2005.

Peters B. Guy

1999 *La pubblica amministrazione: un'analisi comparata*, Il Mulino, Bologna.

Ricciardi M.

1999 *I nuovi sistemi di classificazione del personale nei rinnovi contrattuali 1998/2001*, in *LPA*, 263.

Rusciano M. Zoppoli L.

1995 (a cura di) *Lo "spazio negoziale" nella disciplina del lavoro pubblico*, Il Mulino, Bologna.

Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione

2000 *4° Rapporto annuale sulla formazione nella pubblica amministrazione*, in *www.sspa.it*.

2001 *5° Rapporto annuale sulla formazione nella pubblica amministrazione*, in *www.sspa.it*.

2002 *6° Rapporto annuale sulla formazione nella pubblica e sulle attività svolte nel 2002* in *www.sspa.it*.

Senato della Repubblica

2004 *La riforma della parte II della Costituzione, Il testo approvato in prima lettura dal Senato della Repubblica*, in *www.parlamento.it*.

Sgarbi L.

2004 *Mansioni e inquadramento dei dipendenti pubblici*, Cedam, Padova.