

Le fonti del lavoro pubblico a trent'anni dalla contrattualizzazione

SOMMARIO: 1. La contrattualizzazione del lavoro pubblico: la chiusura del “secolo breve” del regime pubblicistico del pubblico impiego e la distinzione fra organizzazione degli uffici e disciplina del rapporto di lavoro. 2. Le fonti dell'organizzazione amministrativa: macro-organizzazione e micro-organizzazione dal d.lgs. n. 29 del 1993 al d.lgs. n. 75 del 2017. 3. Al cuore della riforma del lavoro pubblico, ossia la linea di confine tra legge e contrattazione collettiva. 3.1. Lo spazio della fonte legislativa nell'art. 2, comma 2, del TUPI: imperatività e intangibilità della legge. 3.2. Legge e contrattazione: dalla affermazione della prevalenza della contrattazione, al ritorno della primazia della legge, alla rivincita della contrattazione collettiva. 4. Le fonti del lavoro pubblico tra la competenza legislativa dello Stato e quella delle Regioni. 5. La moltiplicazione delle fonti normative sul lavoro pubblico e l'esigenza di un “risanamento conservativo” del TUPI.

DI DANIELA BOLOGNINO E GIANFRANCO D'ALESSIO

ABSTRACT: A trent'anni dall'avvio della “contrattualizzazione” del lavoro pubblico ad opera della legge delega 23 ottobre 1992, n. 421, e del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, si ricostruisce l'evoluzione del sistema delle fonti del lavoro pubblico, per identificare il significato e la rilevanza dell'adozione di un regime privatistico per il personale pubblico, indagare su come si è evoluto il rapporto tra organizzazione degli uffici e gestione del rapporto di lavoro e quello tra legge e contrattazione collettiva e, ancora, verificare questo assetto delle fonti alla luce della riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione, del 2001. Dall'analisi emerge un quadro in cui, a fronte della conferma della compatibilità tra disciplina privatistica della relazione lavorativa e mantenimento della natura pubblicistica dell'amministrazione e della persistenza della primazia della fonte privatistica per la gestione dei rapporti di lavoro, si è assistito ad un fenomeno di moltiplicazione delle fonti normative e di iper-regolazione di singoli istituti, che ha contribuito a renderne il TUPI un contenitore di norme sconcordate, a volte contraddittorie e di difficile lettura, tanto da mettere in luce l'esigenza di porre mano ad un “risanamento conservativo” del testo.

ABSTRACT: *Thirty years after the start of the “contractualization” of public employment by the enabling law no. 421 of October 23, 1992, and the legislative decree no. 29 of February 3, 1993, the evolution of the system of sources of public employment is reconstructed in order to identify the significance and the relevance of the adoption of a private law regime for public personnel, investigate how the relationships between office organization and management of the employment relationship and that between law and collective bargaining have evolved, and, again, verify this arrangement of sources in light of the 2001 reform of Title V, Part II, of the Constitution. A picture emerges from the analysis in which, in the face of the confirmation of the compatibility between the private discipline of the labor relationship and the maintenance of the public nature of the administration and the persistence of the primacy of the private source for the management of labor relations, there has been a phenomenon of multiplication of normative sources and overregulation of individual institutions, which has contributed to making the TUPI a container of uncoordinated, sometimes contradictory and difficult-to-read norms, so much so as to highlight the need to undertake a “conservative rehabilitation” of the text.*

1. La contrattualizzazione del lavoro pubblico: la chiusura del c.d. “secolo breve” del regime pubblicistico del pubblico impiego e la distinzione fra organizzazione degli uffici e disciplina del rapporto di lavoro.

Sono trascorsi trent'anni dall'avvio della “contrattualizzazione”⁽¹⁾ del lavoro pubblico ad opera della legge delega 23 ottobre 1992, n. 421, e del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, che ha prodotto la “più profonda trasformazione”⁽²⁾ del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici, con il superamento del modello di supremazia speciale di impianto integralmente pubblicistico - introdotto da Giolitti nel 1908⁽³⁾, rafforzato e curvato in senso autoritario da De Stefani nel 1923⁽⁴⁾ e sostanzialmente confermato anche dalla normativa successiva all'avvento dell'ordinamento repubblicano⁽⁵⁾ - riformando innanzitutto il sistema delle fonti regolatrici⁽⁶⁾.

Nel procedere all'analisi dell'assetto delle fonti del lavoro pubblico scaturito dalla contrattualizzazione è bene evidenziare da subito due dati.

In primo luogo, gli interventi del legislatore sulle fonti del lavoro pubblico (attualmente oggetto degli artt. 2, 5 e 40 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che è succeduto al d.lgs. n. 29 del 1993⁽⁷⁾) non hanno mai implicato la privatizzazione delle strutture amministrative⁽⁸⁾. Ciò va precisato perché occorre sgomberare il campo da un equivoco di fondo, serpeggiato a sussurri in taluni periodi e affermato con maggiore veemenza in altre, più recenti stagioni. La contrattualizzazione del lavoro pubblico non presuppone e non implica la trasformazione in senso privatistico delle strutture amministrative, e ciò in ragione delle finalità che ne motivano l'esistenza e ne guidano l'azione: per usare le parole di uno dei principali artefici del processo riformatore, “la pubblica amministrazione continua a distinguersi dall'impresa perché, a differenza

1 Sulle ragioni in base alle quali appare più corretto parlare di “contrattualizzazione” piuttosto che di “privatizzazione” dei rapporti di lavoro nel settore pubblico v. M. RUSCIANO, *Problemi sulla contrattualizzazione del lavoro pubblico*, in G. C. DE MARTIN (a cura di), *Il nuovo assetto del lavoro pubblico. Bilanci della prima tornata contrattuale, nodi problematici, prospettive*, Quaderni ARAN/11, 1999, p. 217. Di diverso avviso F. CARINCI, *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in F. CARINCI e M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2000, LXXIII. È stato, peraltro, rilevato che i due termini in realtà non necessariamente si pongono in alternativa fra loro, in quanto identificano due diversi aspetti e obiettivi della riforma: “Privatizzazione consistente nel mutamento del regime giuridico di quest'ultimo e il conseguente assoggettamento del medesimo rapporto alla regolazione privatistica generale. Ciò seppure con la cautela dovuta alla necessità di mantenere alcuni profili di disciplina speciale in funzione dell'esigenza della salvaguardia di preminenti interessi pubblici. Contrattualizzazione intesa come valorizzazione del metodo contrattuale/bilaterale di regolazione degli interessi, rispetto alla tradizione in cui prevaleva l'unilateralismo nella regolamentazione del rapporto di lavoro e delle relazioni sindacali” (A. BELLAVISTA, *La privatizzazione del pubblico impiego trent'anni dopo. Dal disastro verso l'ignoto ... e ritorno?* in *Lav. pubbl. amm.*, 2023, n.1, p. 12).

2 H. BONURA, *Editoriale*, in *Rivista di diritto ed economia dei Comuni*, 2023, n. 1, p. 9.

3 Legge 25 giugno 1908, n. 290.

4 R.D. 11 novembre 1923, n. 2395.

5 Emblematicamente rappresentata dal T.U. 10 gennaio 1957, n. 3.

6 Con la riforma avviata nell'ultimo decennio del XX secolo, quindi, si è chiuso quello che è stato icasticamente definito “il secolo breve” della storia della disciplina del personale amministrativo (M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, p. 35), caratterizzato da un regime del pubblico impiego separato dal diritto del lavoro comune. Sulla vicenda evolutiva della disciplina del personale, oltre a G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, Il Mulino, 2020, e Id., *La burocrazia*, Bologna, Il Mulino, 2015, v. la ricostruzione di A. BOSCATI, *La specialità del lavoro pubblico. Fonti legali e fonti contrattuali nella progressiva evoluzione del sistema normativo tra organizzazione e disciplina del rapporto di lavoro*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2018, n. 3, pp. 1 ss., e quella di S. BATTINI e S. GASPARRINI, *Misera delle politiche del pubblico impiego in Italia*, in *SINAPPSI - Connessioni tra ricerca e politiche pubbliche*, *Rivista quadrimestrale dell'Inapp*, 2020, n. 1, pp. 1 ss., dove vengono evidenziati i profili critici degli interventi di riforma succedutisi nel tempo, specie con riferimento ai loro esiti. Sulla *ratio* delle riforme degli anni Novanta del secolo scorso e la discontinuità rispetto all'impianto antecedente v. F. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI e M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche*, cit., 192-193.

7 Il d.lgs. n. 165 del 2001, che detta le “Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”, viene usualmente qualificato come Testo unico sul pubblico impiego (TUPI), anche se in realtà non si tratta di “un testo unico vero e proprio, essendo limitato ad un semplice assemblaggio nel corpo del d.lgs. n. 29/1993 della successiva decretazione delegata del decennio '90” (F. CARINCI, *Il diritto del lavoro pubblico è speciale?*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2023, n. 1, p. 3).

8 Per una efficace definizione della differenza fra contrattualizzazione del rapporto di lavoro e privatizzazione dell'ente v. A. BOSCATI, *La specialità del lavoro pubblico. Fonti legali e fonti contrattuali nella progressiva evoluzione del sistema normativo tra organizzazione e disciplina del rapporto di lavoro*, cit., pp. 3-5.

di questa, ha una missione che trova nella legge il suo fondamento. L'impresa privata è espressione della libertà economica dell'imprenditore, che, per definizione non è vincolata a scopi predeterminati dallo Stato, che può essere solo indirizzata o conformata, mai funzionalizzata ed incontra i limiti solo esterni nei diritti dei terzi⁽⁹⁾.

In secondo luogo, le ripetute modifiche che negli ultimi decenni il legislatore ha apportato all'assetto delle fonti sul lavoro pubblico nel contesto di complessivi testi di riforma (dopo la legge n. 421 del 1992 e il d.lgs. n. 29 del 1993, la legge delega 15 marzo 1997, n. 59, e i relativi decreti attuativi; il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165; la legge delega 4 marzo 2009, n. 15, e il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150; la legge delega 7 agosto 2015, n. 124 e il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75), sia pure rispondenti a ispirazioni politico-culturali eterogenee, se non divergenti, e diversamente impostate sul piano tecnico, hanno sempre confermato la scelta di fondo posta in essere trent'anni fa, ossia l'utilizzo della strumentazione privatistica per la regolazione e la gestione dei rapporti di lavoro; è stata, invece, altalenante la linea di confine nel rapporto fra legge e contrattazione collettiva, per ragioni e con conseguenze che verranno messe in evidenza nell'ambito di questo contributo.

Questo aspetto è fondamentale, e marca una evidente differenza dei provvedimenti appena richiamati rispetto ad altri interventi legislativi, più o meno ampi (ad es., la legge 15 luglio 2002, n. 145, sulla dirigenza) e, soprattutto, a modifiche (o deroghe) a singole disposizioni della normativa generale sul personale delle pubbliche amministrazioni, apportate in modo alluvionale, frammentario e, non di rado, estemporaneo - attraverso decretazioni d'urgenza, oppure all'interno di leggi di stabilità e di bilancio o di altri provvedimenti di natura finanziaria aventi finalità di contenimento della spesa⁽¹⁰⁾ - e dirette ad intervenire, in modo più o meno esplicito, sulla "natura" di determinati istituti (con ricadute anche sull'inquadramento delle fonti), che hanno introdotto elementi di notevole confusione nel complesso quadro della disciplina del lavoro pubblico contrattualizzato⁽¹¹⁾.

La vicenda normativa di cui si discute, che, prendendo le mosse dalla legge delega n. 421 del 1992 e dal d.lgs. n. 29 del 1993, ha posto fine alla parabola del pubblico impiego come ordinamento connotato da specialità, si inquadra un insieme di riforme⁽¹²⁾, quelle degli anni Novanta del secolo scorso, introdotte con provvedimenti normativi che avevano oggetti, finalità e caratteristiche differenti, ma rispondevano, sia pure in misura e con modalità diverse, ad alcune linee di fondo comuni:

a) riduzione del ruolo dello Stato centrale in favore delle autonomie territoriali, in applicazione dell'art. 5 della Costituzione, dando corpo (ancor prima della riforma del Titolo V della Carta fondamentale) ai principi di decentramento, autonomia e sussidiarietà, senza mettere mai in discussione l'unità dell'ordinamento⁽¹³⁾, con un ripensamento profondo del quadro funzionale delle istituzioni amministrative;

b) affermazione di una visione efficientistica dell'agire delle pubbliche amministrazioni che ha determinato il passaggio da una amministrazione produttrice di atti ad una amministrazione erogatrice di servizi, in omaggio ad una declinazione

9 M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, cit., p.57.

10 D. BOLOGNINO, *Manuale di contabilità pubblica*, Bari, Cacucci, 2019, 128-132.

11 Sul tema v. ampliamente S. BATTINI, *La riforma deformata della Costituzione amministrativa italiana: una retrospettiva a vent'anni dal d.lgs. n. 165 del 2001*, in *Istituzioni del federalismo*, 2021, n. 2, pp. 291-335

12 G. D'ALESSIO, *Prospettive di riforma*, in S. SEPE (a cura di) "I modelli organizzativi delle amministrazioni pubbliche tra accentramento e decentramento: dalla riflessione storica alle prospettive di riforma" (Atti del seminario di studio di Roma, 25 marzo 1996), Milano, Giuffrè, 1999, pp. 27-64; Id., *Decentramento e riorganizzazione della p.a. nella legge n. 59/1997*, in *La. pubbl. amm.*, 1998, pp. 9-34.

13 G. C. DE MARTIN, *Le funzioni amministrative delle Regioni e degli enti locali dopo la legge n. 42/09*, in *Amministrare*, 2010, n. 3, pp. 485-493; Id., *Il disegno autonomistico disatteso, tra contraddizioni e nuovi scenari problematici*, Intervento all'incontro su "Un nuovo assetto costituzionale per le autonomie?" (Bologna, 8 novembre 2013), in *Istituzioni del federalismo*, 2014, n. 1, p. 26.

del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. nelle "tre E": efficacia, efficienza ed economicità⁽¹⁴⁾.

Ciò ha determinato un cambio di passo in materia di procedimento amministrativo (a partire, ovviamente, dalla legge 7 agosto 1990, n. 241), di controlli interni ed esterni, di contabilità pubblica, con la nascita del sistema di contabilità economica per centri di costo da affiancare alla contabilità finanziaria; ma, soprattutto – per quanto interessa in questa sede – ha inciso sulla dimensione organizzativa delle amministrazioni⁽¹⁵⁾.

Il processo di cambiamento, che ha investito tutto il sistema amministrativo, ha prodotto anche un ripensamento del regime del rapporto di lavoro di gran parte dei dipendenti pubblici, ed ha visto l'affermazione di una chiara distinzione funzionale tra politica e amministrazione, e dunque tra indirizzo e gestione, dalla quale è derivata la scelta di attribuire una connotazione "manageriale" alla dirigenza pubblica, chiamata non solo ad assumere tutte le decisioni di natura amministrativa, ma anche a gestire risorse umane, finanziarie e strumentali e ad esserne conseguentemente responsabile.

Nel contesto di questo fermento riformatore, se la pubblica amministrazione è e rimane tale e "ha una missione che trova nella legge il suo fondamento"⁽¹⁶⁾, cosa si è messo in discussione con la scelta della contrattualizzazione del lavoro pubblico?

Si è messo in discussione il dominio della fonte unilaterale, legislativa o amministrativa, nella gestione dei rapporti di lavoro, opzione, quest'ultima, "consentita, ma non prescritta dalla Costituzione"⁽¹⁷⁾.

Volendo ricercare i presupposti costituzionali di una riforma del pubblico impiego che, adottando il modello privatistico, tende alla riunificazione o, quantomeno, al riavvicinamento fra lavoro pubblico e lavoro privato, si può richiamare in generale l'ispirazione "lavoristica" della Carta, che vede nel lavoro il fondamento della Repubblica (art. 1), riconosce il diritto al lavoro in tutte le sue forme, promuovendone l'effettività (artt. 4 e 35), individua e tutela una serie di diritti dei lavoratori (artt. 36, 37 e 38), garantisce la libertà di associazione sindacale (art. 39) e il diritto di sciopero (art. 40).

È pensabile che tutti questi principi riguardino solo i lavoratori del settore privato, e non valgano per quelli del settore pubblico? Alcuni – legati, chiaramente, alla vecchia concezione del pubblico impiego come ordinamento separato e speciale – ritengono che sia così, richiamandosi ad altri precetti costituzionali (artt. 51, 54, 97, 98) e, soprattutto, al fatto che nessuna delle disposizioni in tema di lavoro menziona i dipendenti pubblici. È però, emersa, e si è progressivamente affermata, un'altra, innovativa interpretazione del silenzio costituzionale sul pubblico impiego, secondo la quale nella Costituzione "l'impiego pubblico non è specificamente menzionato perché implicitamente ricompreso. L'impiegato pubblico è indiscutibilmente un lavoratore subordinato. Se la disciplina costituzionale sul lavoro avesse voluto escluderlo dal proprio ambito di applicazione, lo avrebbe esplicitamente affermato. Ubi lex voluit dixit. Il silenzio allora significa che le norme costituzionali sul lavoro si applicano a tutti i lavoratori, pubblici e privati. E tale diritto costituzionale comune del lavoro corregge, piuttosto che accogliere, la tradizionale separazione e specialità dell'impiego pubblico"⁽¹⁸⁾.

Una riforma che in via di principio immagina parità di diritti in capo ai lavoratori

14 D. BOLOGNINO, *Gli obiettivi di efficacia, di efficienza e di economicità nel pubblico impiego*, Milano, Giuffrè, 2004.

15 G. D'ALESSIO, *La riforma del lavoro pubblico nel quadro delle tendenze alla modernizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, Giuffrè, 1995, 83 ss.; Id., *Nuovi principi di organizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in P. ALLEVA, G. D'ALESSIO e M. D'ANTONA (a cura di), *Nuovo rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Roma, Ediesse, 1995, 76 ss.

16 M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, cit., p.57.

17 Ibidem, p. 56.

18 S. BATTINI e S. GASPARRINI, *Miseria delle politiche del pubblico impiego in Italia*, cit., p.7.

pubblici e privati può trovare, allora, naturale collocazione in un contesto in cui il silenzio costituzionale sul pubblico impiego viene interpretato in senso positivo ricomprendendo i lavoratori pubblici tra i lavoratori subordinati (si tratta, quindi, di un silenzio significativo): per cui nulla si frapponerebbe all'adozione della medesima strumentazione nella gestione dei rapporti di lavoro, fatta salva l'individuazione di elementi di "specialità" che tengano conto della natura e delle peculiari funzioni delle amministrazioni pubbliche.

L'affermazione della compatibilità tra disciplina privatistica della relazione lavorativa e mantenimento della natura pubblicistica dell'amministrazione (al fine di garantire buon andamento ed imparzialità), si è fondata innanzitutto su una rilettura della riserva relativa di legge dell'art. 97 Cost. che - superando la visione monolitica di un *unicum* organizzazione-rapporto di lavoro, dove la pretesa unicità di scopo aveva condotto all'applicazione del medesimo regime giuridico⁽¹⁹⁾ - riconosceva e assumeva come principio cardine la distinzione fra la materia dell'organizzazione e quella relativa al rapporto di lavoro⁽²⁰⁾: ne conseguiva che la riserva di legge, senza escludere la legittimità di una fonte di regolamentazione pubblicistica unilaterale, non impediva (e non ha impedito) che si lasciasse spazio ad una fonte di regolamentazione negoziale.

Su questa interpretazione, come è ben noto, si registrò - in occasione della elaborazione del d.lgs. n. 29 del 1993 - la netta contrarietà del Consiglio di Stato⁽²¹⁾, secondo il quale sussisterebbe una "*diversità ontologica*" tra lavoro privato e impiego pubblico, in quanto "*la 'prestazione lavorativa' richiesta al dipendente pubblico consiste, in tutto o in parte, nell'esercizio di pubbliche funzioni*", il che costituirebbe un impedimento per "*la privatizzazione generale, astratta e globale, del pubblico impiego*"⁽²²⁾.

A favore della nuova impostazione si è, invece, espressa la Corte costituzionale, affermando che la conformità ai principi dettati dalla Costituzione verrebbe egualmente garantita da "*un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici che venga a delineare un quadro in cui l'aspetto organizzativo, nel suo nucleo essenziale, resta necessariamente affidato alla massima sintesi politica espressa dalla legge nonché alla potestà amministrativa nell'ambito di regole che la stessa pubblica amministrazione previamente pone, mentre il rapporto di lavoro dei dipendenti venga attratto nell'orbita della disciplina civilistica per tutti quei profili che non sono connessi al momento esclusivamente pubblico dell'azione amministrativa*"⁽²³⁾.

Dunque, la contrattualizzazione del lavoro pubblico, imperniata sulla interpretazione della riserva di legge di cui all'art. 97 Cost.⁽²⁴⁾ che sostiene la distinzione tra la disciplina dell'organizzazione e quella del rapporto di lavoro, ha condotto al superamento del pubblico impiego come ordinamento speciale, il che "*non nega la differenza intrinseca alla natura del soggetto pubblico, nega i corollari che la tradizionale concezione pubblicistica ha dedotto da questa differenza*"⁽²⁵⁾.

A sua volta, il venir meno dell'ordinamento speciale ha comportato il superamento della qualificazione della negoziazione di determinati aspetti del lavoro pubblico come

19 C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in F. CARINCI e M. D'ANTONA (a cura di) *Il lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche*, cit., 89 ss.

20 Fondamentale per l'affermazione di questa tesi è il contributo di A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. relaz. ind.*, 1993, pp. 461 ss. Sul versante giuslavoristico, il tema era stato già chiaramente posto da M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1978.

21 Consiglio di Stato, Adunanza generale, parere n. 146 del 31 agosto 1992.

22 In termini critici rispetto alla posizione assunta del Consiglio di Stato v. M. D'ANTONA, *La neolingua del pubblico impiego riformato*, in *Lav. dir.*, 1996, p. 238, e M. BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Bari, 1997, 58.

23 Corte costituzionale, sentenza n. 309 del 1997

24 C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 89 ss.

25 M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassaninò»*, cit., p. 57.

una procedura destinata a confluire in un atto normativo (si pensi al meccanismo previsto “legge quadro” 20 marzo 1983, n. 93⁽²⁶⁾) e non come espressione dell’autonomia contrattuale della pubblica amministrazione.

La contrattualizzazione ha investito tutti gli elementi fondamentali della relazione del dipendente con l’amministrazione a partire dal momento della costituzione del rapporto (che, appunto, si produce con la stipula di un contratto), ma ha mantenuto in regime di diritto pubblico la disciplina dell’accesso al lavoro pubblico e delle relative procedure concorsuali, in virtù delle previsioni costituzionali di cui all’art. 97, ultimo comma, e all’art. 51, con una conseguente conferma della giurisdizione del giudice amministrativo per le eventuali controversie (art. 68, comma 4, del d.lgs. n. 29 del 1993, e ora art. 63, comma 4, del TUPI).

Naturalmente, poi, si deve ricordare che non tutti i dipendenti pubblici sono stati “contrattualizzati” e assoggettati al regime privatistico, in quanto alcune categorie di personale, attualmente individuate nell’art. 3 del TUPI, sono rimaste in regime di diritto pubblico: i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e della Polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia, i dipendenti delle autorità amministrative indipendenti; rimane, inoltre, disciplinato dai rispettivi ordinamenti il personale, anche di livello dirigenziale, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco e il personale della carriera dirigenziale penitenziaria⁽²⁷⁾.

La *ratio* del mantenimento di un’area di pubblici dipendenti esclusa dalla privatizzazione è da ritrovare nella inopportunità che tali categorie, in ragione della loro collocazione istituzionale e delle specifiche funzioni ad esse affidate, vedano regolato dalla contrattazione collettiva⁽²⁸⁾, dunque con una importante componente di relazioni sindacali, il loro rapporto di lavoro⁽²⁹⁾.

Va aggiunto che originariamente nel d.lgs. n. 29 del 1993 anche la dirigenza generale era rimasta nel regime di diritto pubblico, e per essa il passaggio del rapporto di lavoro in regime di diritto privato è avvenuto solo ad opera della “seconda privatizzazione”,

26 La legge n. 93 del 1983 rappresentò il tentativo di separare l’organizzazione degli uffici dalla gestione del rapporto di lavoro, ma senza smentire il carattere di specialità attribuito al pubblico impiego. Con questa legge fu introdotta una forma di negoziazione collettiva tra Governo e sindacati maggiormente rappresentativi su determinati aspetti della disciplina del lavoro pubblico (mentre per altri era esclusa la negoziabilità), ma gli accordi scaturiti da tale negoziazione non producevano effetti giuridici, in quanto i loro contenuti dovevano essere recepiti in atti normativi (regolamento del Governo o legge regionale per i dipendenti delle Regioni). Si deformava così il ruolo della contrattazione collettiva, che non era intesa “come attività libera, esercitata in virtù di una generale capacità degli enti pubblici, ma come fonte dell’ordinamento speciale pubblicistico, caratterizzata essenzialmente dal necessario consenso del sindacato” (M. D’ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassaninò»*, cit., p. 41).

27 Sempre nell’art. 3, al comma 4, si trova una disposizione secondo la quale “Il rapporto di impiego dei professori e dei ricercatori universitari, a tempo indeterminato o determinato, resta disciplinato dalle disposizioni rispettivamente vigenti, in attesa della specifica disciplina che la regoli in modo organico ed in conformità ai principi della autonomia universitaria di cui all’articolo 33 della Costituzione ed agli articoli 6 e seguenti della legge 9 maggio 1989, n. 168, e successive modificazioni ed integrazioni, tenuto conto dei principi di cui all’articolo 2, comma 1, della legge 23 ottobre 1992, n. 421”: questa “specifica disciplina” non ha mai visto la luce, per cui a tutt’oggi anche i docenti universitari sono esclusi dalla contrattualizzazione.

28 Per meglio dire, non si è ritenuta opportuna per queste categorie l’adozione del sistema contrattuale utilizzato per la gran parte dei lavoratori pubblici, dato che almeno per alcune di esse sono previste specifiche forme di negoziazione (basta citare il caso degli appartenenti alla Polizia di Stato).

29 “...la riforma ha conservato lo status pubblicistico solo per alcune posizioni, che rappresentano un nucleo ristretto collocato all’interno della sfera, pur essa residuale, delle ipotesi in cui permane il legame fra nazionalità e funzione pubblica: diplomatici, prefetti, militari e personale delle forze di polizia, magistrati e avvocati dello Stato (in un primo tempo anche dirigenti generali dello Stato...)” (S. BATTINI, *La riforma deformata della Costituzione amministrativa italiana: una retrospettiva a vent’anni dal d.lgs. n. 165 del 2001*, cit., p. 305).

peraltro con l'avallo della Corte costituzionale⁽³⁰⁾.

In base a queste previsioni si è determinata la creazione di uno spartiacque nel regime delle fonti del lavoro pubblico, ossia la presenza di personale in regime di diritto pubblico, cui si applicano il T.U. n. 3 del 1957 e i rispettivi ordinamenti settoriali, e di personale contrattualizzato, cui si applicano il TUPI, le norme del codice civile e dei rapporti di lavoro nell'impresa e le disposizioni dei contratti collettivi di comparto e di area.

I regimi differenti non hanno tuttavia impedito al legislatore di adottare, talvolta, disposizioni applicabili ad entrambe le categorie; possiamo citare, ad esempio:

a) all'interno dello stesso TUPI, il regime di incompatibilità per gli incarichi extra istituzionali e il divieto di cumulo di impieghi pubblici di cui all'art. 53 che, richiamandosi all'art. 98 Cost., impone per tutti i dipendenti pubblici, quale che sia il regime giuridico del loro rapporto di lavoro, l'applicazione del principio di esclusività, impedendo loro di svolgere una attività lavorativa che per intensità e continuità li distolga dal perseguimento dell'attività di servizio e degli interessi generali a favore di interessi economici e professionali alternativi;

b) all'interno del T.U. n. 3 del 1957, le norme sulla responsabilità dei dipendenti pubblici, verso l'amministrazione e verso i terzi, che si applicano anche al personale contrattualizzato.

È sulla scorta di questa ampia, ma indispensabile premessa che è ora possibile ragionare sulla evoluzione del sistema delle fonti del lavoro pubblico contrattualizzato, per identificare la *ratio* e l'essenza della contrattualizzazione, indagare su come si è evoluto il rapporto tra organizzazione e gestione del rapporto di lavoro e quello tra legge e contrattazione collettiva e, ancora, verificare come questo quadro delle fonti abbia trovato allocazione alla luce della intervenuta riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione, del 2001.

Da ultimo si ragionerà sul fenomeno della moltiplicazione delle fonti riguardanti a vario titolo il lavoro pubblico, sfociato in una iperregolazione che ha disperso le regole sulla materia in una miriade di provvedimenti legislativi e ha contribuito a rendere il TUPI un contenitore di previsioni anche contraddittorie e di difficile lettura. Viene, quindi, in evidenza l'esigenza di porre mano ad una operazione di riscrittura del Testo unico, che realizzi una ricucitura del tessuto normativo, eliminando incongruenze e superfetazioni e introducendo anche elementi innovativi, ma coerenti con l'ispirazione originaria della riforma con la quale si è realizzata la contrattualizzazione del pubblico impiego.

2. Le fonti dell'organizzazione amministrativa: macro-organizzazione e micro-organizzazione dal d.lgs. n. 29 del 1993 al d.lgs. n. 75 del 2017.

La distinzione della disciplina del rapporto di lavoro da quella dell'organizzazione è il presupposto logico della contrattualizzazione del lavoro pubblico, in virtù della summenzionata interpretazione della riserva di legge relativa di cui all'art. 97 Cost.

Su queste basi, nel corso della vicenda evolutiva della legislazione sul lavoro

³⁰ Corte costituzionale, ordinanza n. 11 del 2002 (commentata da A. BOSCATI, *La privatizzazione della dirigenza generale promossa a pieni voti dalla Consulta*, in *Lan. pubbl. amm.*, 2002, pp. 310 ss.).

Va, peraltro, rammentato che con tale decisione la Corte costituzionale mutò orientamento rispetto a quanto affermato nella sentenza n. 313 del 1996 (commentata da E. ALES, *La contrattualizzazione dei dirigenti nel pubblico impiego al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Dir. lav.*, 1999, n. 2, pp. 446 ss.), dove si sottolineava la diversità strutturale della dirigenza generale, che si colloca "a metà strada tra il modello pubblicistico e quello privatistico coerentemente con la posizione apicale propria di tale categoria rispetto al complesso del personale, più nettamente privatizzato" fungendo da "cerniera tra indirizzo politico ed azione amministrativa che le è assegnato nel rapporto con la funzione di Governo".

pubblico iniziata trent'anni fa le fonti regolatrici dell'organizzazione e del rapporto di lavoro si diversificano, essendo attribuita la prima materia alle fonti pubblicistiche (anche se non interamente, come si dirà) e la seconda a quelle privatistiche. Tuttavia, questa è una semplificazione del processo di riforma, che invece è stato più profondo e graduale, ed è stato imperniato sulla ricerca di soluzioni che consentissero di realizzare, pur in un modello caratterizzato da una distinzione fra i due momenti, una coerenza logica e non una scollatura, se non una schizofrenia, fra il sistema delle regole sull'organizzazione degli uffici e di quelle sulla gestione del personale.

Occorre dire che il testo originario dell'art. 2 del d.lgs. n. 29 del 1993 manteneva una struttura delle fonti dell'organizzazione che risentiva dell'impostazione tradizionale, secondo la quale dalla riserva dell'art. 97 discendeva la imprescindibilità dell'utilizzazione degli strumenti di diritto pubblico (legge, regolamento, atto amministrativo) per la definizione degli assetti organizzativi⁽³¹⁾, mentre l'art. 45 dello stesso decreto - riproducendo l'art. 2, comma 1, lettera c), della legge n. 421 del 1992⁽³²⁾ - enunciava una serie di materie escluse dalla contrattazione collettiva, consolidando il regime esclusivamente pubblicistico dell'organizzazione, e finendo per coinvolgere anche alcuni profili dell'organizzazione del lavoro (che, invece, è concettualmente distinta dalla organizzazione degli uffici).

In dottrina fu autorevolmente rilevato che la riforma del 1993, nello stabilire una serie di materie da cui era esclusa la contrattazione collettiva, definiva un perimetro che facesse da "garanzia dell'autonomia organizzativa della pubblica amministrazione e riserva di regime pubblicistico. Sotto il manto della riserva di legge, si stabilisce così una discutibile saldatura concettuale tra l'autonomia organizzativa della pubblica amministrazione, l'esclusione della contrattazione collettiva e il regime pubblicistico degli atti organizzativi"⁽³³⁾.

Anche l'art. 4 del d.lgs. n. 29 del 1993, dedicato ai poteri di organizzazione, confermava appieno la natura pubblicistica degli atti di organizzazione, e in certa misura anche degli atti sulla gestione del lavoro, laddove prevedeva, al comma 1, che "le amministrazioni pubbliche assumono ogni determinazione per l'organizzazione degli uffici al fine di assicurare la economicità, speditezza e rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa. Nelle materie soggette alla disciplina del codice civile, delle leggi sul lavoro e dei contratti collettivi, esse operano con i poteri del privato datore di lavoro, adottando tutte le misure inerenti all'organizzazione ed alla gestione dei rapporti di lavoro". Dunque, si contemplava l'esercizio dei poteri propri del privato datore di lavoro da parte delle pubbliche amministrazioni (peraltro, senza precisare a chi spettasse tale esercizio nell'ambito di esse), ma nelle sole materie soggette alla disciplina civilistica.

Ne derivava, per effetto del combinato disposto degli articoli 2, 4 e 45 del d.lgs. n. 29 del 1993, un modello in cui tutta l'organizzazione degli uffici e, in parte, anche quella del rapporto di lavoro restava sostanzialmente rimessa alla fonte pubblicistica.

Questa impostazione della materia dell'organizzazione trovava riscontro in un sistema di riparto di giurisdizione previsto dall'art. 68 del d.lgs. n. 29 del 1993⁽³⁴⁾,

31 L'originario art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 29 del 1993 recitava: "Le amministrazioni pubbliche sono ordinate secondo disposizioni di legge e di regolamento ovvero, sulla base delle medesime, mediante atti di organizzazione".

32 L'originario art. 45, comma 1, del d.lgs. n. 29 del 1993 recitava: "La contrattazione collettiva è nazionale e decentrata. Essa si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro, con esclusione di quelle riservate alla legge e agli atti normativi e amministrativi secondo il disposto dell'articolo 2, comma 1, lettera c), della legge 23 ottobre 1992, n. 421".

33 M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassaninò»*, cit., p. 43.

34 L'originario art. 68, comma 1, del d.lgs. n. 29 del 1993 recitava: "Sono devolute al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro tutte le controversie riguardanti il rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, con esclusione delle materie di cui ai numeri da 1 a 7 dell'articolo 2, comma 1, lettera c), della legge 23 ottobre 1992, n. 421".

fondato non sulla “*natura del rapporto controverso, ma sulla natura della fonte che ha prodotto la regola applicabile al rapporto controverso*”⁽³⁵⁾.

Tale corto circuito fu in linea di principio superato con la legge n. 59 del 1997, che – per quanto attiene al tema qui trattato – avviò la c.d. “seconda privatizzazione” del pubblico impiego, attuata con quattro decreti legislativi (n. 396 del 1997, n. 59 del 1998, n. 80 del 1998, n. 387 del 1998), dai quali scaturì una profonda modifica del d.lgs. n. 29 del 1993, e nello specifico del regime delle fonti dell’organizzazione⁽³⁶⁾.

In particolare, il d.lgs. n. 80 del 1998 è stato il provvedimento legislativo che ha permesso di armonizzare i principi di efficacia, efficienza ed economicità, ispiratori dell’intero sistema di riforma, con il principio di legalità dell’organizzazione amministrativa, grazie ad una riscrittura dell’art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 29 del 1993, in base alla quale “*le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza ed i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinando le dotazioni organiche complessive*”.

Questo nuovo testo dell’art. 2, comma 1, è stato riprodotto nel TUPI e non ha più subito modifiche, a conferma di una scelta coerente con il principio di legalità di cui all’art. 97 Cost. e che si è consolidata anche nella prassi applicativa: in base ad esso le amministrazioni pubbliche provvedono mediante propri atti organizzativi, sulla base di principi generali fissati da disposizioni di legge (in ottemperanza della riserva relativa sull’organizzazione dei pubblici uffici) non alla disciplina integrale dell’organizzazione amministrativa, bensì alla definizione delle “*linee fondamentali di organizzazione degli uffici*”, alla individuazione degli “*uffici di maggiore rilevanza*” e dei “*modi di conferimento della titolarità dei medesimi*”, nonché alla determinazione delle “*dotazioni organiche complessive*”. In questi ambiti sussiste un regime che si esprime attraverso atti, di tipo normativo o amministrativo, aventi sempre natura pubblicistica⁽³⁷⁾, il che preclude qualunque spazio per atti di natura privatistico-contrattuale⁽³⁸⁾.

Però, il fatto nuovo – che rompe con una visione fino ad allora ritenuta intangibile nel nostro ordinamento amministrativo – è che, come detto, l’organizzazione non rimane totalmente assoggettata a fonti unilaterali pubblicistiche, ma viene distinta in “macro-organizzazione”, che attiene alle materie e agli aspetti di cui al richiamato art. 2, comma 1, del TUPI, e in “micro-organizzazione”, che fa riferimento a quanto previsto nell’art. 5, comma 2, del medesimo TUPI, dove si stabilisce che “*nell’ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all’articolo 2, comma 1, le determinazioni per l’organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro*”.

Ciò significa che le scelte riguardanti l’organizzazione degli uffici delle pubbliche amministrazioni⁽³⁹⁾, una volta che gli atti normativi e amministrativi ne hanno definito l’impianto complessivo, sono poste in essere dai dirigenti (gli “*organi preposti*”

35 M. D’ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, cit., p. 44; sulla evoluzione del riparto di giurisdizione nella “seconda contrattualizzazione” v. G. D’ALESSIO, *Incarichi dirigenziali, riparto di giurisdizione e poteri del giudice ordinario. Nota a C. Cost. 23 luglio 2001, n. 275*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, pp. 631-644; D. Bolognino, *Il riparto di giurisdizione nel pubblico impiego alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 275/2001*, in *Amministrazione in cammino*, 2001.

36 C. D’ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 89 ss.

37 Secondo A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d’impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. relaz. ind.*, cit., p. 466, gli atti amministrativi debbano riguardare solo i principi generali in materia organizzativa, intesi quali “*strumenti istituzionali rivolti al conseguimento dei fini*”.

38 G. D’ALESSIO, *Le fonti del rapporto di lavoro pubblico*, in F. PIZZETTI e A. RUGHIETTI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, Roma, EDK, 2010, 24.

39 Le quali, come recita il precedente comma 1 dell’art. 5, “*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*”.

alla gestione”) utilizzando i poteri propri del privato datore di lavoro, cioè mediante strumenti che si configurano come atti unilaterali di diritto privato: in tal modo la dimensione privatistica travalica l’ambito della gestione dei rapporti di lavoro, per investire *in parte qua* la sfera organizzativa degli apparati pubblici⁽⁴⁰⁾.

Successivamente, il testo della disposizione dell’art. 5, comma 2, introdotto nel d.lgs. n. 29 del 1993 dalla decretazione attuativa della legge 59 del 1997, e recepito nel TUPI, è stato oggetto di modifiche, ad opera prima del d.lgs. n. 150 del 2009, poi del d.lgs. n. 75 del 2017.

Queste modifiche normative, tuttavia, non ne hanno cambiato il senso complessivo: esse, in realtà, sono state tutte volte a consolidare uno specifico profilo della norma, che secondo alcuni ne costituirebbe la *ratio* o, quantomeno, un obiettivo implicito e una naturale conseguenza, ossia la preclusione dell’intervento della contrattazione collettiva negli atti di direzione e organizzazione del lavoro nell’ambito degli uffici⁽⁴¹⁾, dato che le determinazioni in questione hanno sì natura privatistica, ma non negoziale⁽⁴²⁾.

Si ricorderà che il decreto n. 150 del 2009 nasce con una impostazione intesa dichiaratamente a limitare il ruolo dei sindacati, anche per arginare alcune esondazioni della contrattazione collettiva (una tra tutte, la contrattazione sulle progressioni di carriera, che in un certo momento furono di fatto sganciate dal titolo di studio per l’accesso ad una determinata area, portando alla degenerazione delle progressioni con la creazione della c.d. “piramide rovesciata”⁽⁴³⁾), accompagnata da una sfiducia nelle capacità della dirigenza di esercitare i poteri del privato datore di lavoro⁽⁴⁴⁾, testimoniata dalla prassi, diffusa in molte realtà amministrative, di far precedere l’adozione di tali atti da forme di “consultazione” o da una vera e propria “concertazione” con le rappresentanze sindacali.

Per questo nella versione dell’art. 5, comma 2, del TUPI modificata dal d.lgs. n. 150 del 2009 si conferma che le determinazioni per l’organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dai dirigenti (quali soggetti preposti alla gestione delle amministrazioni) “*con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro*”, ma si chiarisce che tali decisioni spettano ai dirigenti “*in via esclusiva*”, e si precisa che nei loro poteri rientrano, in particolare, “*le misure inerenti la gestione delle risorse umane nel rispetto del principio di pari opportunità, nonché la direzione, l’organizzazione del lavoro nell’ambito degli uffici*”.

Tale precisazione aveva un carattere essenzialmente declamatorio e non aggiungeva dati sostanziali a quanto era deducibile dalla affermazione di ordine generale contenuta nella prima parte della disposizione. In questo caso gli atti di organizzazione, costituiti dalle determinazioni dirigenziali, hanno natura privatistica, ma, come detto, si configurano come atti unilaterali, espressione del potere datoriale, con conseguente

40 Per un’ampia analisi del tema si può leggere E. ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro, un’interpretazione giuslavoristica del rapporto tra indirizzo e gestione*, Milano, Giuffrè, 2002. Sulle conseguenze in capo alla posizione giuridica dei lavoratori pubblici v. D. BOLOGNINO, *La dirigenza pubblica statale tra autonomia e responsabilità (dalla legge delega n. 421/92 alle prospettive di riforma)*, Padova, Cedam, 2007, 44-49.

41 Nel senso che la riforma del 2009 fu animata dalla volontà di inibire alla contrattazione collettiva la materia dell’organizzazione v. M. RAGUSA, *Tra organizzazione degli uffici e rapporto di lavoro. Il contratto (collettivo) tra politica e amministrazione, vent’anni dopo*, in *Istituzioni del federalismo*, 2021, n. 2, p. 493.

42 Evidenzia la differenza e la distanza tra “ambito privatistico” e “ambito negoziale”, che non coincidono, A. BOSCATI, *La specialità del lavoro pubblico. Fonti legali e fonti contrattuali nella progressiva evoluzione del sistema normativo tra organizzazione e disciplina del rapporto di lavoro*, cit., pp. 40-42.

43 V. TALAMO, *Contratti integrativi delle pubbliche amministrazioni e progressioni professionali: un bilancio*, in *Dir. amm.*, 2001, n. 4, pp. 557-592.

44 V. su questo aspetto F. VERBARO, *La privatizzazione del lavoro pubblico e la sua evoluzione nella legge 15/2009 e nel decreto legislativo 150/2009*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico e il ciclo della performance*, Roma, Promo P.A. Fondazione, 2010, 20; M. G. GAROFALO, *Delegificazione e rilegificazione*, in M. GENTILE (a cura di), *Lavoro pubblico: ritorno al passato? La legge Brunetta su produttività e contrattazione*, Roma, Ediesse, 2009, 16.

esclusione di forme di negoziazione destinate a produrre atti di tipo contrattuale⁽⁴⁵⁾.

L'aspetto più rilevante dell'intervento correttivo apportato dal d.lgs. n. 150 del 2009, però, è la limitazione delle forme "extracontrattuali" di partecipazione dei lavoratori e dei loro rappresentanti al processo decisionale delle amministrazioni. Nel testo dell'art. 5, comma 2, del TUPI, novellato dall'art. 34 del d.lgs. n. 150 del 2009, infatti, si specifica che in ordine agli atti di spettanza dirigenziale (compresi quelli riguardanti la gestione dei rapporti di lavoro e l'organizzazione del lavoro) ai sindacati spetta "la sola informazione", mentre l'art. 36 del decreto del 2009 riscrive l'art. 9 del TUPI in termini tali ("fermo restando quanto previsto dall'articolo 5, comma 2, i contratti collettivi nazionali disciplinano le modalità gli istituti della partecipazione") da rendere puramente formale il richiamo alla partecipazione e, in particolare, alla possibilità di una articolazione dei relativi istituti attraverso la fonte negoziale, in quanto, tenendo fermo il riferimento a quanto affermato nella nuova versione dell'art. 5, comma 2, è difficile ipotizzare uno spazio per altre forme di partecipazione, diverse dall' "informazione" lì prevista.

Il legislatore delegato del 2009, in tal modo, sembra essere andato molto al di là dell'obiettivo, condivisibile, di limitare forme di indebita ingerenza sindacale nella sfera decisionale propria della dirigenza: chiaramente, era e rimane del tutto impraticabile l'ipotesi di ammettere in questo ambito momenti di contrattazione, ma confinare la partecipazione delle rappresentanze dei lavoratori pubblici, sempre e comunque, alla mera informazione appariva eccessivamente riduttivo e, in ogni caso, poco realistico.

Successivamente il d.lgs. n. 75 del 2017, attuativo della legge n. 124 del 2015, nel contesto di un generale ripensamento del rapporto fra legge e contrattazione collettiva (come si vedrà di seguito) e del ruolo del dirigente pubblico come datore di lavoro, riporta la formulazione dell'art. 5, comma 2, alla originaria versione, ferma restando la conferma della "esclusività" della responsabilità per l'assunzione delle determinazioni organizzative in capo alla dirigenza pubblica. Inoltre, tale decreto rimodula il rapporto tra dirigenza e rappresentanze sindacali, e nell'ambito dell'art. 5, comma 2, conferma "la sola informazione" ai sindacati, ma apre anche alle "ulteriori forme di partecipazione, ove previsti nei contratti di cui all'articolo 9", così lasciando alla contrattazione collettiva nazionale la possibilità di instaurare forme di partecipazione (istituto ben diverso dalla contrattazione) tra le parti, anche su decisioni organizzative aventi riflessi sul rapporto di lavoro⁽⁴⁶⁾.

La sequenza degli interventi di riforma sulle fonti dell'organizzazione ha condotto, dunque, a determinare lo spazio spettante, in tale materia, ad atti di diritto privato, chiarendone la natura e fissandone i limiti sia rispetto agli atti pubblicistici che a quelli contrattuali: va, peraltro, considerato che la distinzione tra macro-organizzazione e micro-organizzazione non va vista in termini di contrapposizione fra i due tipi di fonti chiamate a disciplinarle, benché differenti (pubblicistica per la macro-organizzazione e privatistica per la micro-organizzazione), posto che entrambe sono rivolte ad una finalità comune, che si concretizza nell'accrescimento dell'efficienza delle amministrazioni, la razionalizzazione del costo del lavoro, l'integrazione graduale della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato⁽⁴⁷⁾.

In conclusione, si può rilevare che, sia pure adottando impostazioni diverse e non

45 In altra sede (G. D'ALESSIO, *Le fonti del rapporto di lavoro pubblico*, cit., 25) si è avuto modo di rilevare come a una tale conclusione fosse possibile arrivare già prima che il d.lgs. n. 150 del 2009 le desse una copertura formale, da un lato dichiarando il carattere di "esclusività" della potestà dirigenziale, e dall'altro includendo, come visto, tutte le determinazioni dirigenziali ex art. 5, comma 2, fra le materie sottratte alla contrattazione collettiva.

46 Va ricordato che in precedenza l'art. 2, comma 17, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, intervenendo anch'esso sul testo dell'art. 5, comma 2, del TUPI, mentre conservava il riferimento alla "sola informazione" per le determinazioni relative all'organizzazione, per le misure riguardanti il rapporto di lavoro aveva introdotto l'istituto dell' "esame congiunto", che riapriva uno spazio per la partecipazione attiva dei sindacati.

47 A. ORSI BATTAGLINI e A. CORPACI, *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1999, p. 1065.

sempre lineari, le modifiche al testo originario delle norme del d.lgs. n. 29 del 1993 sulle fonti e sui poteri di organizzazione, apportate dalla legge n. 59 del 1997 e dai suoi decreti attuativi, dal d.lgs. n. 150 del 2009 e dal d.lgs. n. 75 del 2017 hanno tutte, prima introdotto e poi confermato l'uso della strumentazione privatistica per l'organizzazione degli uffici e per l'organizzazione e la gestione dei rapporti di lavoro ad opera della dirigenza pubblica, delineando una parabola che sul lungo periodo può definirsi coerente e stabile.

3. Al cuore della riforma del lavoro pubblico, ossia la linea di confine tra legge e contrattazione collettiva.

Una diversa sorte è toccata al rapporto fra legge e contratto nella regolazione dei rapporti di lavoro nel settore pubblico, perché il legislatore negli scorsi decenni è intervenuto a più riprese, anche con finalità e modalità diametralmente opposte, a definire il ruolo da riconoscere all'una e all'altra fonte.

Merita di essere ricordato che la "prima contrattualizzazione" ad opera del d.lgs. n. 29 del 1993 fu giudicata dallo studioso che fu il principale protagonista, sul piano tecnico-giuridico, della stagione della "seconda contrattualizzazione", avviata con la legge n. 59 del 1997, come una riforma che oscillava tra "innovazione e compromessi"⁴⁸⁾, perché al riconoscimento della natura contrattuale del rapporto individuale di lavoro corrispondeva la sottoposizione della contrattazione collettiva, da parte della legge, a vincoli e condizionamenti di natura amministrativa⁴⁹⁾.

Sono seguiti, nell'arco temporale di circa vent'anni, interventi normativi che hanno spostato più volte la linea di demarcazione tra fonte normativa e fonte contrattuale, alternandosi momenti nei quali la contrattazione collettiva si è affermata quale fonte principale e privilegiata dei rapporti di lavoro pubblico ed espressione dell'autonomia negoziale dell'amministrazione, ad altri nei quali la legge è stata vista quale fonte primaria da difendere dall'avanzata della contrattazione collettiva, sia con enunciazioni di principio, sia con l'applicazione di clausole tradizionalmente poste nel codice civile a tutela del "contraente debole".

Appare, dunque, importante dare contezza dei provvedimenti legislativi che hanno contrassegnato questa tendenza altalenante dell'equilibrio fra i due tipi di fonti, seguendo un filo rosso che focalizza l'attenzione su tre tappe temporali: il rapporto fra legge e contratto prima del 2009, quello stabilito con la legge n.15 e il d.lgs. n. 150 del 2009 e quello ulteriormente modificato con la legge n. 124 del 2015 e il d.lgs. n. 75 del 2017.

3.1. Lo spazio della fonte legislativa nell'art. 2, comma 2, del TUPI: imperatività e intangibilità della legge.

La formulazione dell'art. 2, comma 2, varia concettualmente tra la versione originaria del d.lgs. n. 29 del 1993 e la versione *post legge* delega n. 59 del 1997, che poi sarebbe stata trasfusa nel TUPI. La prima prevedeva l'applicazione ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche delle disposizioni del libro V del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa "in quanto compatibili con la specialità del rapporto e con il perseguimento degli interessi generali nei termini definiti dal presente decreto"; la seconda dichiarava applicabili al

48 M. D'ANTONA *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, cit., p. 45.

49 "La contrattazione collettiva, inquadrata in un procedimento a più stadi, scopre di aver assunto natura privatistica, ma di essere soggetta a momenti di discrezionalità amministrativa dai quali dipendono gli effetti utili del contratto collettivo" (Ibidem).

personale pubblico le medesime disposizioni civilistiche sul lavoro “fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto”, faceva cadere il richiamo alla “specialità del rapporto” e delineava per il futuro una delegificazione a favore della contrattazione collettiva, salvo diversa espressa previsione legislativa.

La versione originaria del TUPI, quindi, si caratterizzava per una impostazione la cui *ratio*, volta all'avvicinamento del lavoro pubblico al lavoro privato, demandava alla fonte privatistica (dunque, codice civile e leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa) la disciplina del rapporto di lavoro dei lavoratori pubblici contrattualizzati. È, però, evidente che l'eccezione “fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto” consente alla fonte normativa di giocare un ruolo di primo piano, dato che nel medesimo TUPI si ritrova larghissima parte delle disposizioni che si applicheranno al rapporto di lavoro pubblico; disposizioni che trovano la loro ragion d'essere nella specifica natura e nelle specifiche finalità della pubblica amministrazione, che costituisce il datore di lavoro chiamato ad esercitare poteri privatistici, e toccano numerosi aspetti rilevanti della regolazione del lavoro dei dipendenti pubblici (dalla pianificazione delle assunzioni, alla mobilità, alla disciplina degli incarichi dirigenziali, alle disposizioni sulla contrattazione collettiva e sui rapporti fra contratti collettivi nazionali e contratti integrativi, ecc.).

Il legislatore del 2009 – che, come sopra già ricordato, muoveva da un giudizio critico riguardo alla funzione svolta dai sindacati e agli esiti dell'uso dello strumento contrattuale – è intervenuto con il d.lgs. n. 150 del 2009 per rafforzare il ruolo della legge, attribuendo alle disposizioni contenute nello stesso TUPI “carattere imperativo”: imperatività della quale, peraltro, nessuno dubitava, posta la primazia del medesimo decreto contenente le norme generali sul lavoro pubblico rispetto alle altre leggi che disciplinano il rapporto di lavoro con l'impresa.

La scelta di dare un maggior peso alla fonte legislativa era accompagnata dalla introduzione nell'art. 2 di un nuovo comma 3 *bis*, nel quale si stabiliva che “nel caso di nullità delle disposizioni contrattuali per violazione di norme imperative o dei limiti fissati alla contrattazione collettiva, si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile”. Dunque, ove il contratto contenesse disposizioni contrastanti con quelle a carattere “imperativo” del TUPI o che fuoriescano dai limiti posti alla contrattazione dall'art. 40 dello stesso decreto, come riformulato dall'art. 54 del d.lgs. n. 150 del 2009, le sue clausole sarebbero automaticamente sostituite dalle norme legislative.

In sede di commento a questa norma si è espressa una perplessità sul fatto che il legislatore avesse scelto il meccanismo codicistico della inserzione automatica di clausole e di nullità parziaria del contratto, che è tradizionalmente utilizzato per tutelare la posizione del contraente debole, identificato nel diritto del lavoro con il lavoratore⁽⁵⁰⁾. La riforma del 2009 snaturava questi istituti e apertamente evidenziava la debolezza della legge e del datore di lavoro pubblico, del quale aveva sentito la necessità di difendere l'ambito decisionale dalle invasioni ad opera della contrattazione. Peraltro, la sostituzione diretta delle previsioni contrattuali con quelle di legge potrebbe anche risultare problematica, perché potrebbe accadere che la nullità di una clausola non si traduca nella sua sostituzione *ex lege* con un'altra clausola, ma con una clausola da riempire di contenuto quantomeno con una decisione dell'amministrazione⁽⁵¹⁾.

L'assetto appena descritto peraltro, è rimasto invariato anche con la legge n. 124 del 2015 e il d.lgs. n. 75 del 2017, pur essendo tali provvedimenti ispirati ad un orientamento diverso in ordine ai rapporti con i sindacati e allo spazio della contrattazione

50 G. D'ALESSIO, *Le fonti del rapporto di lavoro pubblico*, cit., 19-20.

51 M. MAGRI, *Il ritorno del pubblico impiego (le fonti nel d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150)*, in *Amministrativ@mente*, n. 11, 2009.

collettiva. La conferma dell'imperatività delle norme del TUPI e dell'applicazione degli articoli 1339 e 1419, comma 2, del codice civile evidentemente è un sintomo della necessità di tutelare lo spazio della legge dall'avanzata della contrattazione collettiva, sebbene quest'ultima costituisca una espressione dell'autonomia negoziale dell'amministrazione.

3.2. Legge e contrattazione: dall'affermazione della prevalenza della contrattazione, al ritorno della primazia della legge, alla rivincita della contrattazione collettiva.

Nel ripercorrere le tappe dell'evoluzione delle fonti del lavoro pubblico, e nello specifico del rapporto fra legge e contrattazione collettiva va tenuto presente che la *ratio* posta a fondamento della c.d. "seconda contrattualizzazione" del 1997 fu quella di affermare che *"la contrattazione collettiva è espressione della libertà negoziale e non di potere normativo e trova fondamento, come sancito nella Costituzione, nella generale autonomia collettiva garantita ai datori di lavoro in base all'art. 39, comma 1, Cost."*⁽⁵²⁾; sicché le fonti normative presupponevano e presuppongono l'esistenza della capacità e autonomia negoziale dell'amministrazione.

In tale prospettiva con il d.lgs. n. 80 del 1998 (come detto, uno dei decreti di attuazione della legge delega n. 97 del 1997) venne introdotta nell'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 29 del 1993, una previsione (poi confermata dal d.lgs. n. 165 del 2001) in base alla quale *"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, possono 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"*. Si tratta, come appare evidente, di una formula normativa che aveva l'obiettivo di consolidare il contratto collettivo quale fonte naturale e principale di regolazione dei rapporti di lavoro pubblici, garantendo omogeneità di disciplina nei comparti e nelle aree di contrattazione ed evitando i fenomeni di "microlegislazione", che storicamente avevano caratterizzato in senso negativo la storia del pubblico impiego⁽⁵³⁾.

Questo assetto delle fonti era destinato a cambiare drasticamente con la legge n. 15 del 2009 e il d.lgs. n. 150 del 2009, ispirati nel loro insieme ad una logica di "rilegificazione", che andava ad investire intere materie (ad esempio, quella della responsabilità disciplinare).

Innanzitutto, la legge n. 15 del 2009 modificava le ultime parole del comma 2 dell'art. 2 del TUPI, sostituendole con la formula *"solo qualora ciò sia espressamente previsto dalle legge"*: si trattava di un cambiamento radicale, se non di un vero e proprio rovesciamento logico del significato e del valore della norma, finalizzato ad affermare la prevalenza della legge sul contratto⁽⁵⁴⁾, in forza dell'inderogabilità delle prescrizioni legislative da parte dei successivi accordi negoziali, salvo che non fossero le stesse leggi a prevederlo (ipotesi, chiaramente, assai improbabile, a maggior ragione in un contesto di disfavore nei confronti della fonte contrattuale).

52 M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, cit., p. 61.

53 Su questo si rimanda a G. D'ALESSIO, *Le fonti del rapporto di lavoro pubblico*, cit., 15.

54 *"Sul piano che qui interessa del sistema delle fonti si accentuava il ruolo della legge ampliando i profili di specialità della disciplina del lavoro pubblico e qualificando come imperative tutte le speciali disposizioni del decreto 165 (cfr. art. 2, comma 2, primo periodo d. lgs. n. 165/2001 ed art. 40, comma 1, sempre d.lgs. n. 165/2001). A ciò si accompagnava una significativa contrazione dell'ambito di libera esplicabilità della contrattazione collettiva a favore di un'unilateralità delle decisioni datoriali"* (A. BOSCATI, *La specialità del lavoro pubblico. Fonti legali e fonti contrattuali nella progressiva evoluzione del sistema normativo tra organizzazione e disciplina del rapporto di lavoro*, cit., p. 17).

Quindi, dato che ovviamente i contenuti dei contratti collettivi possono essere sempre e comunque oggetto di modifica ad opera della legge, che può anche arrivare ad alterarne la configurazione o, al limite, sostituirsi ad essi, senza che la contrattazione collettiva possa riaffermare in via derogatoria il proprio ruolo, quest'ultima finiva per perdere il ruolo di fonte "ordinaria" del lavoro pubblico.

Resta, tuttavia, fermo anche dopo la riforma del 2009 l'affidamento ai contratti collettivi della determinazione dei trattamenti economici dei lavoratori pubblici, confermando in tale materia una riserva di contrattazione collettiva (art. 2, comma 3, del TUPI).

Il cambiamento del rapporto tra legge e contrattazione collettiva è ancora più evidente se si legge insieme all'art. 2, comma 2 (nel testo introdotto dalla legge n. 15 del 2009), la modifica apportata all'art. 40, comma 1, del TUPI, che prima della riforma del 2009 prevedeva una competenza di ordine generale della contrattazione collettiva estesa a "tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali", mentre il testo introdotto dall'art. 54 del d.lgs. n. 150 del 2009 ne limitava l'ambito di intervento alla determinazione dei diritti e degli obblighi "direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali".

La indeterminatezza della nuova formula adottata per definire lo spazio della contrattazione collettiva, come venne tempestivamente rilevato dalla dottrina⁽⁵⁵⁾, avrebbe potuto determinare una condizione di incertezza, di potenziale conflittualità, che era suscettibile di dar luogo a divergenze applicative e rischiava di produrre una situazione caratterizzata da reciproche invasioni di campo fra le fonti pubblicistiche e privatistiche, in analogia con quanto già avvenuto per l'attuazione della "legge quadro" n. 93 del 1983⁽⁵⁶⁾.

Va aggiunto che l'art. 40, comma 1, come riformulato dal d.lgs. n. 150 del 2009, stabiliva che fossero escluse dalla contrattazione "le materie attinenti all'organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell'articolo 9, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi degli articoli 5, comma 2, 16 e 17, la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, nonché quelle di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c), della legge 22 ottobre 1992, n. 421"

Questo elenco appare non solo ridondante e ripetitivo, ma riguarda materie che, sostanzialmente, sono quasi tutte riconducibili alla dimensione dell'organizzazione degli uffici, per la quale era ed è in ogni caso preclusa la possibilità di disciplinarla con lo strumento contrattuale⁽⁵⁷⁾.

Si è introdotta, poi, una ulteriore riduzione dell'ambito di intervento della fonte contrattuale⁽⁵⁸⁾, in quanto sempre l'art. 40, comma 1, del TUPI, come modificato nel

55 Fu autorevolmente espresso il timore che a causa della difficoltà di determinare, in base al criterio indicato nella nuova versione dell'art. 40, lo spazio della fonte normativa rispetto a quella negoziale "la giungla di regole speciali sul pubblico impiego, che il legislatore della privatizzazione si era illuso di abbattere, ricomincerà a crescere. Progressivamente, tornerà ad occupare il campo che si voleva preservare per la contrattazione, sovrapponendosi a quest'ultima, con un effetto di ri-pubblicizzazione e ri-politicizzazione della disciplina del lavoro pubblico" (L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, p. 29-30). In senso analogo S. BATTINI, *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 478; G. D'ALESSIO, *Le fonti del rapporto di lavoro pubblico*, cit., p. 29.

56 Secondo S. BATTINI e S. GASPARRINI, *Miseria delle politiche del pubblico impiego in Italia*, cit., p. 22, questa impostazione non solo riportava indietro le lancette dell'orologio alla legge quadro del 1983, ma introduceva una regola di riparto molto più oscura rispetto a quella presente in tale legge, "che peraltro aveva comunque conosciuto una invasione continua di materie riservate alla legge da parte dei contratti e viceversa".

57 Come è stato opportunamente precisato, "in via diretta il nuovo art. 40 del d. lgs. n. 150 del 2001 esclude apertis verbis dalla sfera del contrattabile un gruppo di materie che, tuttavia, già antecedentemente dovevano considerarsi precluse, in quanto afferenti a materie organizzative e comunque ad istituti esterni al rapporto di lavoro e che solo per la congenita debolezza dell'agente negoziale pubblico (nazionale e decentrato) hanno conosciuto una rinegoziazione sicuramente extra ordinem" (N. TALAMO, *La riforma delle relazioni sindacali nel settore pubblico* in *Commento a d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 15).

58 R. SOLOPERTO, *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in M. TIRABOSCHI e F. VERBARO (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 465.

2009, stabilisce che “nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche, la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge”. Quindi, questa previsione (che non ha subito modifiche ad opera delle legislazioni successive) non esclude dalla contrattazione le materie indicate, ma per esse si restringe in linea di principio l’oggetto della negoziazione, perché questa potrà muoversi solo nello spazio lasciato scoperto dalla legge, che può essere anche molto limitato: il che nel concreto può anche essere ragionevole (come nel caso delle procedure e sanzioni disciplinari), ma comunque contribuisce allo spostamento in favore della fonte legislativa del confine rispetto alla contrattazione.

Certo, non può essere sottaciuto il fatto che la sfiducia nei confronti della contrattazione collettiva, di cui sono espressione la legge n. 15 e il d.lgs. del 2009, fu determinato anche dallo straripamento della contrattazione collettiva in ambiti che andavano al di là della sua sfera di competenza⁽⁵⁹⁾; tuttavia, le scelte allora adottate dal legislatore hanno rischiato di produrre conseguenze del tutto opposte rispetto alle proclamate finalità di razionalizzazione dell’assetto delle fonti in materia di lavoro nel settore pubblico, con lo spettro della creazione o, meglio, della riproduzione di una congerie di norme speciali o settoriali - introdotte, spesso, con lo scopo, non poi tanto velato, di delineare trattamenti di favore per talune categorie di lavoratori pubblici - che avrebbero parcellizzato nuovamente la disciplina tra i vari comparti e anche all’interno di ciascuno di essi.

Altro, e di diverso significato rispetto al problema della produzione, o della riproposizione, del fenomeno delle “leggine” riguardanti i dipendenti pubblici, era il ragionamento di chi all’epoca invitava anche a evitare di ricorrere al mito della assoluta uniformità delle regole sulla gestione del personale in relazione ad una realtà tanto complessa e variegata come quella delle pubbliche amministrazioni, che poteva essere meglio colta e valorizzata nelle sue differenze attraverso lo strumento della contrattazione⁽⁶⁰⁾.

Va, però, sottolineato che la “rilegificazione” realizzata, o quantomeno, prefigurata, dal legislatore nazionale attraverso la legge e il decreto del 2009 nella “speranza di una applicazione uniforme della disciplina sottraendola a ciò ha il legislatore ha ritenuto essere elemento negativo: la contrattazione collettiva”⁽⁶¹⁾, non ha determinato una “ripubblicizzazione” del lavoro pubblico⁽⁶²⁾: la prevalenza attribuita (restituita) alla fonte normativa rispetto a quella contrattuale, non esclude affatto che la materia che ricada nella disciplina privatistica, come per altro avviene nel diritto del lavoro privato tradizionalmente inteso.

Comunque, al di là del giudizio, più o meno positivo, che si può dare sul modello di relazione fra i due tipi di fonti dettato dalla legge n. 15 del 2009 e dal decreto n. 150 del 2009, va ricordato che esso non ha trovato attuazione concreta, essendo sopravvenuto subito dopo un lungo blocco della contrattazione collettiva per il personale pubblico,

59 Da ultimo v. V. TALAMO, *Antefatti, luci e ombre dei rinnovi contrattuali del pubblico impiego*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, pp. 277-285.

60 “La pretesa di dettare regole uniformi per amministrazioni tanto diverse l’una dall’altra – per fondamento costituzionale, ma anche per esigenze funzionali, culture professionali, tradizioni organizzative – si scontra inevitabilmente con le asprezze della realtà” (P. BARRERA, *Lo spirito della riforma: potenzialità, rischi (e ultime novità)*, in P. BARRERA e G. CANOSI (a cura di), *Rinnovare il lavoro per rinnovare l’amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 6).

61 M. gentile, *Introduzione*, in M. gentile (a cura di), *Lavoro pubblico: il passato ritorna. Il decreto attuativo della legge Brunetta sulle pubbliche amministrazioni*, Roma, Ediesse, 2010, p. 11.

62 G. D’ALESSIO, *Le fonti del rapporto di lavoro pubblico*, cit., pp.11-28; v. anche V. TALAMO, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 471. Ritiene, invece, che i provvedimenti legislativi del 2009 abbiano prodotto una sostanziale ripubblicizzazione del lavoro pubblico G. GARDINI, *L’autonomia della dirigenza nella (contro) riforma Brunetta*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, p. 579 ss.

che si è protratto per buona parte del decennio successivo⁽⁶³⁾.

Nel frattempo, l'impostazione della questione è cambiata nuovamente, in senso diametralmente opposto rispetto alla normativa del 2009, con la legge delega n. 124 del 2015, e in particolare ad opera del decreto attuativo n. 75 del 2017. Il testo della seconda proposizione dell'art. 2, comma 2, del TUPI introdotto dal decreto del 2017 stabilisce che *“le disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano o che abbiano introdotto discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate nelle materie affidate alla contrattazione collettiva ai sensi dell'articolo 40, comma 1, e nel rispetto dei principi stabiliti dal presente decreto, da successivi contratti o accordi collettivi nazionali e per la parte derogata non sono ulteriormente applicabili”*.

Questo nuovo intervento del legislatore non solo supera o, per meglio dire, rovescia il senso della formulazione introdotta con la legge n. 15 del 2009, ma attribuisce alla contrattazione una potenzialità derogatoria rispetto alle regole fissate da atti normativi che va anche al di là del testo originario del TUPI⁽⁶⁴⁾, dove si stabiliva che la derogabilità poteva intervenire *“salvo che la legge disponesse espressamente in senso contrario”*: infatti, ora l'effetto derogatorio delle previsioni contrattuali rispetto a quelle delle fonti legislative può riguardare tanto le disposizioni introdotte prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 75 del 2017, quanto quelle che vengano introdotte successivamente⁽⁶⁵⁾.

La decisione di ripristinare e, anzi, rafforzare l'originaria capacità derogatoria del contratto nei confronti della legge può essere valutata favorevolmente, in quanto coerente con la *ratio* originaria della contrattualizzazione, che vede nel contratto collettivo la fonte privilegiata della disciplina degli istituti riguardanti il rapporto di lavoro (e le relazioni sindacali). Senza dimenticare, però, di rilevare che *“se la nuova versione dell'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 consente di superare lo squilibrio in favore delle fonti normative derivante dal testo a suo tempo introdotto dalla legge n. 15 del 2009, forse potrebbe produrre, se letta in modo troppo rigido, uno squilibrio opposto e contrario, questa volta in favore della fonte negoziale”*⁽⁶⁶⁾.

La portata della riforma del 2017 si comprende bene quando si legge la modifica all'art. 2, comma 2, del TUPI unitamente alla modifica dell'art. 40, che espande nuovamente lo spazio della contrattazione collettiva: infatti ora questo articolo, al

63 Il prolungarsi nel tempo della sospensione della contrattazione è stato censurato, specie per i suoi riflessi sul piano retributivo, dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 178 del 2015. In proposito v. S. BATTINI, *La riforma deformata della Costituzione amministrativa italiana: una retrospettiva a vent'anni dal d.lgs. n. 165 del 2001*, cit., p. 325; M. BARBIERI, *Contratto collettivo e lavoro pubblico: blocco salariale e blocco della contrattazione tra scelte legislative e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, pp. 453 ss.; L. FIORILLO, *Contrattazione collettiva e lavoro pubblico: una nuova interpretazione sistematica della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2015, pp. 1679-1691; L. ZOPPOLI, *Una sentenza interpretativa di accoglimento con manipolazioni temporali rispetto allo ius novum*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2017, 2017, pp. 183 ss.; S. SCIARRA, *I diritti sociali e i dilemmi della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, I, pp. 347 ss.

64 Su tale impostazione, frutto dell'accordo del 30 novembre del 2016 tra il Ministro per la pubblica amministrazione e CGIL, CISL e UIL, che recitava testualmente: *“il Governo si impegna ad attuare i contenuti del presente accordo nei testi legislativi e di finanza pubblica e negli atti di indirizzo, impegnandosi inoltre, in esecuzione del presente accordo, a raggiungere l'intesa con le regioni per le modifiche normative relative alla delega di cui all'art. 17 della legge 124 del 2015”*, v. S. BATTINI e S. GASPARRINI, *Miseria delle politiche del pubblico impiego in Italia*, cit., pp. 25-26; B. G. MATTARELLA, *Il lavoro pubblico*, in B.G. MATTARELLA e E. D'ALTERIO (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione*, Monografie, Il Sole24 ore, 2017, n. 1, 322- 323.

65 G. NATULLO, *Tra legge e contratto l'“equilibrio instabile” del sistema delle fonti del lavoro pubblico*, in M. esposito, V. Luciani, A. ZOPPOLI e L. ZOPPOLI (a cura di),

La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 15 ss.; M. RICCI e F. DI NOIA, *Relazioni sindacali e contrattazione collettiva nel settore pubblico dopo la riforma Madia e i rinnovi contrattuali*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2017, numero unico, pp. 3-8.

66 G. D'ALESSIO e L. ZOPPOLI, *Riforma della Pubblica Amministrazione. Osservazioni sugli schemi di decreti legislativi attuativi dell'art. 17 della legge n. 124 del 2015*, in *Astrid Rassegna*, n. 5, 2017; nello stesso senso anche S. BATTINI, *La riforma deformata della Costituzione amministrativa italiana: una retrospettiva a vent'anni dal d.lgs. n. 165 del 2001*, cit., p. 326.

comma 1, stabilisce che la contrattazione collettiva disciplina in generale “*il rapporto di lavoro e le relazioni sindacali*”, superando la formulazione ambigua (e mai applicata) del 2009.

Il risultato che emerge dal combinato disposto della nuova formulazione dell’art. 40, comma 1, e dell’art. 2, comma 2, è che la contrattazione collettiva ha di nuovo una posizione prioritaria nel rapporto legge-contratto, in linea con la scelta “*fondamentale della privatizzazione*” e “*giustificabile con il riferimento al principio di uguaglianza, dato che il contratto collettivo nazionale è, rispetto alla legge, una fonte meno esposta al rischio di introduzione di norme di favore per specifiche categorie di dipendenti*”⁽⁶⁷⁾.

Oggi, dunque, il contratto collettivo ha ad oggetto tutta la materia dei rapporti di lavoro e delle relazioni sindacali, salvo quanto espressamente riservato alla legge dallo stesso TUPI.

4. Le fonti del lavoro pubblico tra la competenza legislativa dello Stato e quella delle Regioni.

Il tema delle fonti del lavoro pubblico impone di affrontare una ulteriore questione: il riparto della relativa competenza legislativa tra Stato e Regioni.

All’indomani dalla introduzione, ad opera della legge Cost. 18 ottobre 2001, n. 3, del nuovo testo del Titolo V, parte seconda, della Costituzione, che ha disegnato un sistema istituzionale multilivello e policentrico in applicazione dei principi di decentramento, autonomia, differenziazione e sussidiarietà⁽⁶⁸⁾, si è posto il problema di trovare la collocazione del lavoro pubblico all’interno del rinnovato riparto di competenza legislativa fra Stato e Regioni di cui all’art. 117, Cost., dove nessun riferimento esplicito sembrerebbe essere presente a tale materia⁽⁶⁹⁾.

In considerazione dell’avvenuta contrattualizzazione e applicazione della normativa civilistica alla gestione dei rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici, le ipotesi interpretative che i primi commentatori hanno all’epoca proposto per il lavoro pubblico hanno preso, naturalmente, avvio dalla collocazione del diritto del lavoro nell’ambito del nuovo Titolo V⁽⁷⁰⁾.

Anche la materia del lavoro generalmente inteso non compare esplicitamente nell’art. 117 Cost. né tra le materie di competenza esclusiva dello Stato, né tra quelle di competenza concorrente fra Stato e Regioni. Tuttavia, la dottrina ha rilevato fin da subito la presenza nell’art. 117 Cost. di espressioni che riportavano in vario modo alla disciplina del diritto del lavoro quali, ad esempio: all’art. 117, comma 2, lettera *m*), “*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*”⁽⁷¹⁾; all’art. 117, comma 3, “*tutela e sicurezza del lavoro*” e “*previdenza complementare ed integrativa*”; all’art. 117, comma 2, lettera *o*), “*previdenza sociale*”; e in ultimo (ma non da ultimo), all’art. 117, comma 2, lettera *l*), “*ordinamento civile*”.

In una delle prime letture del nuovo art. 117 Cost. è stato sottolineato che se il legislatore avesse voluto far rientrare “*il diritto del lavoro ed il diritto sindacale*” tra le

⁶⁷Così B. G. MATTARELLA, *Il lavoro pubblico*, cit., p. 323.

⁶⁸G. BERTI e G.C. DE MARTIN (a cura di), *Il sistema amministrativo dopo la riforma del titolo della Costituzione*, Roma, LUISS, 2002.

⁶⁹R. SALOMONE, *Il lavoro pubblico regionale ed il nuovo art. 117 Cost. all’esame della Corte Costituzionale*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, p. 605.

⁷⁰Per una ricognizione complessiva del tema sia consentito rinviare a G. D’ALESSIO, *Pubblico impiego*, in G. CORSO e V. LOPILATO (a cura di) *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali. Parte speciale, Volume II*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 403-434.

⁷¹G. ROSSI e A. BENEDETTI, *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, suppl. fasc. I, pp. 22 ss..

materie di legislazione esclusiva dello Stato lo avrebbe esplicitato, né sarebbe possibile far riferimento alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni di cui al comma 2, lettera *m*), per sopperire a tale mancanza, in quanto l'espressione “*diritti sociali*” presente in tale disposizione è ambigua e si riferisce, non al diritto del (o, meglio, al) lavoro, ma a un intervento redistributivo dello Stato⁽⁷²⁾; ciò, pur nella consapevolezza che tale impostazione, contraria a riservare allo Stato la potestà legislativa, avrebbe comportato una parcellizzazione di competenze in tema di lavoro.

Di fronte – dunque – ad un testo costituzionale che valorizza differenziazione, autonomia e decentramento, e che capovolge l'impostazione originaria dell'art. 117 Cost. nel definire lo spazio della competenza normativa statale rispetto a quella regionale, la tensione argomentativa degli interpreti fu rivolta alla ricerca del baricentro attorno a cui garantire l'unità della materia. Fu così evidenziato che il diritto del lavoro non poteva essere neanche completamente ricompreso nell'espressione “*tutela e sicurezza del lavoro*” (art. 117, comma 3), demandandolo alla legislazione concorrente delle Regioni, in quanto tale espressione⁽⁷³⁾ non poteva considerarsi idonea a ricomprendere la totalità del diritto del lavoro, ma rappresentava una “*mera endiadi precipitata nell'art. 117 Cost.*”⁽⁷⁴⁾. La relazione di lavoro è fondata sulla costruzione di un sinallagma di scambio tra una prestazione personale e una controprestazione, è un rapporto tra interessi in conflitto che non si può risolvere nella espressione “*tutela del lavoro*”: non a caso il diritto del lavoro trova i suoi principi di riferimento, all'interno del testo costituzionale, nella Parte I “Diritti e doveri dei cittadini”, al Titolo III “Rapporti economici”.

Escluse altre ipotesi, ai fini della risoluzione della questione della collocazione della disciplina della materia del lavoro nella sfera statale ovvero in quella regionale si è individuato un ancoraggio nella competenza esclusiva statale in virtù dell'espressione “*ordinamento civile*”⁽⁷⁵⁾, di cui all'art. 117 Cost., lettera *l*), deducendo che “*ordinamento*” vada inteso come complesso di principi, istituti, norme, regolamenti a carattere sistematico; l'aggettivo “*civile*”, non riguarderebbe, infatti, unicamente ciò che si trova nel codice civile, e neanche nel solo diritto privato, ma andrebbe inteso come una “*espressione espansiva*”, che attrae anche il diritto del lavoro complessivamente considerato.

Quindi, sia pure in estrema sintesi, si può rilevare che, salvo che per l'iter argomentativo utilizzato dai diversi autori, si è affermato un generale orientamento secondo il quale spetta alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la disciplina del

72M. PERSIANI, *Devolution e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.* 2002, p. 19 ss.

73 Una qualificata dottrina evidenzia che “*Il comma 3 dell'art. 117, contiene un'espressione sconosciuta non solo alla legislazione ordinaria ma anche agli ormai ultradecennali studi sulla materia: “tutela e sicurezza del lavoro”, infatti, costituiscono un binomio di difficile comprensione e collocazione nel lessico giuslavoristico presente e passato, nazionale e comunitario*” (E. ALES, *I livelli essenziali nel settore del lavoro*, in G. BERTI e G. C. DE MARTIN (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 329. V. anche P.A. VARESI, *Regioni e politiche attive del lavoro dopo la riforma costituzionale*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, suppl. n. 1, p. 121).

74 Il termine *tutela*, se allargato sino all'estremo, potrebbe ricomprendere la tutela del lavoro di cui all'art. 35 Cost.. Ad esso si accompagna la parola *sicurezza*, che può essere intesa sia come protezione nella conservazione del posto e/o assicurazione di un reddito/di una riqualificazione professionale, sia come igiene e sicurezza del lavoro. La locuzione in questione, quindi, appare suscettibile di diversa espansione, tanto che parte della dottrina l'ha utilizzata per ridimensionare il riferimento all'“*ordinamento civile*” di cui all'art. 117, comma 2, lettera *l*). Inoltre, è stato affermato che gli istituti ricompresi nell'endiadi “*tutela e sicurezza del lavoro*” sono collegati ai principi fondamentali degli artt. 36 e 39 dell'Costituzione, che presuppongono un sistema di fonti, di natura legislativa e contrattuale, nazionali, in considerazione di quanto previsto dall'art. 117, comma 2, lettera *m*). In tal senso v. F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 73.

75 A. BOSCATI, *La specialità del lavoro pubblico. Fonti legali e fonti contrattuali nella progressiva evoluzione del sistema normativo tra organizzazione e disciplina del rapporto di lavoro*, cit., pp. 12-13.

contratto/rapporto individuale, appunto in quanto inclusa nell'“ordinamento civile”⁽⁷⁶⁾: ciò al fine di garantire sia l'unità dell'ordinamento che l'uguaglianza tra i lavoratori⁽⁷⁷⁾. Nella stessa direzione andrebbe la collocazione del diritto sindacale, in ordine al quale lo sviluppo storico e l'inquadramento costituzionale inducono a sottolineare le esigenze di unità dell'ordinamento sindacale e della disciplina delle relazioni industriali, con la conseguente attribuzione della materia alla legislazione nazionale esclusiva, sia con riferimento al carattere promozionale sia con riferimento al carattere regolatorio⁽⁷⁸⁾.

Tale impostazione non nega, tuttavia, l'importanza di garantire uno spazio di intervento per le Regioni - peraltro già presente nel previgente quadro costituzionale, dunque prima della modifica del Titolo V - in linea con lo spirito di decentramento del potere legislativo che connota la riforma del 2001 (e che si traduce, nella nuova formulazione dell'art. 117, nell'affermazione della generalità/residualità della potestà legislativa regionale), escludendo che la disciplina del lavoro possa essere demandata interamente alla legislazione dello Stato in nome del solo richiamo all'“ordinamento civile”⁽⁷⁹⁾.

Quindi, sui già molteplici e complessi interrogativi in ordine alla linea di confine per ambiti in cui si sovrappongono o incrociano le competenze legislative tra Regioni e Stato (ad es., temi quali la sicurezza del lavoro o il *mobbing*⁽⁸⁰⁾), si è innestata l'affermazione della necessità di individuare una interpretazione - e, conseguentemente, una applicazione - della riforma costituzionale del 2001 tale da garantire il mantenimento della unitarietà della disciplina del lavoro con riferimento ai principi fondamentali (che si impongono anche alla legislazione concorrente), ma anche consentire una differenziazione su aspetti strumentali e accessori, che tenga conto delle varie realtà territoriali⁽⁸¹⁾, facendo anche riferimento al “diritto pubblico (amministrativo) del lavoro”, che si identificherebbe negli aspetti della disciplina del lavoro diversi dalla regolamentazione del rapporto di lavoro e delle relazioni sindacali⁽⁸²⁾; sempre tenendo

76 F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, cit., p. 61; L. ZOPPOLI, *La riforma del Titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i “pezzi” di un difficile puzzle?*, in *La pubbl. amm.*, 2002, suppl. n. 1, p. 149; R. PESSI, *Il diritto del lavoro tra Stato e Regioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 80; F. LISO, *Nota sulla interpretazione del nuovo articolo 117 Cost. in tema di ripartizione delle competenze legislative in materia di lavoro*, su www.astridonline.it.

77 T. TREU, *Diritto del lavoro e federalismo*, in V. CERULLI IRELLI e C. PINELLI (a cura di), *Verso il federalismo, normazione ed amministrazione nella riforma del Titolo V della Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 191-193.

78 M. MAGNANI, *Il lavoro nel titolo V della Costituzione*, in *Arg.dir.lav.*, 2002, p. 653; M. PERSIANI, *Devolution e diritto del lavoro*, cit., p. 20.

79 “Il significato della formula “ordinamento civile” è tutt'altro che univoco, come sottolineano i civilisti che la stanno analizzando, alla luce non solo della storia ma del nuovo contesto in cui viene utilizzata dal legislatore costituzionale. Queste analisi suggeriscono di non allargare troppo la portata della formula fino a comprendere l'intera disciplina dei rapporti fra privati in tutti i loro diversi contenuti. Una simile interpretazione porterebbe ad assegnare alla competenza esclusiva dello Stato territori immensi, in contrasto con la dislocazione di poteri operata dal nuovo titolo V, e con le tendenze al decentramento normativo già attuate dalla legislazione regionale per molti aspetti anche del diritto privato” (T. TREU, *Diritto del lavoro e federalismo*, cit., pp. 188-189); v. anche M. MAGNANI, *Il lavoro nel titolo V della costituzione*, cit., p. 651. Va tenuta presente anche una lettura diversa, e più restrittiva, del concetto di “ordinamento civile”, che “collocato, com'è, tra giurisdizione e norme processuali da un lato e giustizia amministrativa dall'altro designa l'ordinamento giudiziario” (N. IRTI, *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 697 ss.; citato anche da R. SALOMONE, *Il lavoro pubblico e la legge “finanziaria 2002”: verso il primo conflitto di attribuzione tra Stato e Regioni?*, in *La pubbl. amm.*, 2002, p. 245).

80 Riguardo al *mobbing*, la Corte Costituzionale nella sentenza n. 359 del 2003, nel dichiarare l'illegittimità della legge della Regione Lazio dell'11 luglio 2002, n. 16, “non esclude che le Regioni possano intervenire, con propri atti normativi, anche con misure di sostegno idonee a studiare il fenomeno in tutti i suoi profili e a prevenirlo o limitarlo nelle sue conseguenze; deve, viceversa, ritenersi certamente precluso alle Regioni di intervenire, in ambiti di potestà normativa concorrente, dettando norme che vanno ad incidere sul terreno dei principi fondamentali, che è quanto si è verificato nel caso di specie”.

81 G. NATULLO, *I rapporti di lavoro nella legislazione regionale dopo la riforma del pubblico impiego*, su: www.unicz.it/lavoro/NA-TULLO2.htm; T. TREU, *Diritto del lavoro e federalismo*, cit., p. 181 ss; E. ALES, *I livelli essenziali nel settore del lavoro*, cit., p. 331; G. ROSSI e A. BENEDETTI, *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili*, cit., p. 22 ss.

82 G. D'ALESSIO, *Pubblico impiego*, cit., p. 421.

presenti, comunque, i limiti che incontra la potestà legislativa regionale⁽⁸³⁾.

Di questi orientamenti della dottrina si è fatto tesoro anche per individuare la competenza legislativa in materia di lavoro pubblico⁽⁸⁴⁾, che per effetto della contrattualizzazione separa l'organizzazione delle amministrazioni dalla gestione del rapporto di lavoro, e distingue la stessa organizzazione in macro organizzazione e micro organizzazione.

Il punto di caduta della riflessione sul tema è consistito nell'affermazione della competenza esclusiva dello Stato (e, dunque, della riconduzione all'“ordinamento civile” ex art. 117, comma 2, lettera l)) per la disciplina della contrattazione collettiva nazionale e dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni⁽⁸⁵⁾, nonché per quella della micro-organizzazione⁽⁸⁶⁾, dove l'amministrazione agisce con le capacità ed i poteri del privato datore di lavoro (art. 5, comma 2, del TUPI)⁽⁸⁷⁾.

Invece, la macro-organizzazione è di competenza legislativa esclusiva dello Stato solo relativamente “all'ordinamento ed all'organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali” (art. 117, comma 2, lettera g)⁽⁸⁸⁾: ricadono, dunque, in tale competenza statale le linee fondamentali dell'organizzazione degli uffici, l'individuazione degli uffici di maggiore rilevanza ed i modi di conferimento della titolarità dei medesimi e la determinazione delle dotazioni organiche complessive delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali (art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001), mentre rientra nella potestà legislativa “residuale” delle Regioni ciò che attiene all'ordinamento e all'organizzazione degli enti pubblici non nazionali (art. 117, comma 4, Cost.)⁽⁸⁹⁾.

Ai sensi dell'art. 117, comma 6, spetta in generale alle Regioni anche la potestà regolamentare, fatta eccezione per le materie rientranti nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, mentre Comuni, Province e Città metropolitane hanno il potere di emanare regolamenti “in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite”⁽⁹⁰⁾.

Va, però, evidenziato che la complessità derivante dall'intrecciarsi di competenze

83 Si ricordano in tal senso il rispetto della Costituzione (art. 117 Cost., comma 1), il rispetto dei limiti derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali (art. 117 cost., comma 1), il limite del rispetto della legislazione esclusiva dello Stato (art. 117 Cost, comma 2), il limite della determinazione dei principi fondamentali, riservati alla legislazione dello Stato, con riferimento alle materie di legislazione concorrente riservate alle Regioni (art. 117, comma 3); nonché l'importanza della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale, quale materia trasversale in grado di incidere sulla totalità della materia.

84 D. BOLOGNINO, *La collocazione del lavoro pubblico tra Stato e Regioni nel nuovo Titolo V, parte seconda, della Costituzione*, in *Dir. lav.*, 2005, pp. 7-25.

85 L. ZOPPOLI, *La riforma del Titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i “pezzi” di un difficile puzzle?*, cit., p. 149; PESSI, *Il diritto del lavoro tra Stato e Regioni*, cit., p. 80; LISO, *Nota sulla interpretazione del nuovo articolo 117 Cost. in tema di ripartizione delle competenze legislative in materia di lavoro*, cit., p. 2; G. D'ALESSIO, *Pubblico impiego*, cit., pp. 413 ss.; D. BOLOGNINO, *La collocazione del lavoro pubblico tra Stato e Regioni nel nuovo Titolo V, parte seconda, della Costituzione*, cit., pp.7-25.

86 F. LISO, *Art. 117 e lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, su: www.astridonline.it

87 Per ragioni di spazio non si affronta il tema della attribuzione all'ARAN della legittimazione a negoziare anche per Regioni ed enti locali; sul punto si rinvia a G. D'ALESSIO, *Pubblico impiego*, cit., p. 425; D. BOLOGNINO, *La collocazione del lavoro pubblico tra Stato e Regioni nel nuovo Titolo V, parte seconda, della Costituzione*, cit., pp. 24-25; A. VISCOMI, *Prime riflessioni sulla struttura della contrattazione collettiva nelle amministrazioni nella prospettiva della riforma costituzionale*, in *Lav. pubbl. amm.*, suppl. n. 1, 2002, p. 165; G. D'AURIA, *Il Lavoro pubblico dopo il nuovo titolo V (parte seconda) della Costituzione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, p. 757; L. ZOPPOLI, *Neoregionalismo e sistema delle fonti del diritto del lavoro*, su www.lavoro.unisannio.it, p. 9.

88 Collocare il lavoro pubblico nel campo dell'organizzazione si presenta, infatti, in contrasto con una precedente tradizione, oramai superata sulla base della scelta positiva del legislatore che ha optato per la privatizzazione del pubblico impiego: in tal senso L. ZOPPOLI, *Neoregionalismo e sistema delle fonti del diritto del lavoro*, cit., p. 9.

89 Nel senso di ritenere generale la potestà legislativa delle Regioni, a cui non è preclusa la dimensione del diritto privato, R. SALOMONE, *Il lavoro pubblico e la “legge finanziaria 2002”: verso il primo conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni?*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, p. 245.

90 L. DE ANGELIS, *Federalismo e rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Foro it.*, 2003, p. 28; G. D'AURIA, *Variazioni su lavoro pubblico, organizzazione amministrativa e titolo V (parte seconda) della Costituzione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2005, pp. 18-25.

legislative in un ordinamento plurilivello produce è molto più ampia, sicché la Corte costituzionale è stata chiamata a svolgere un ruolo fondamentale nel definire il ruolo dei diversi soggetti che compongono la Repubblica in base all'art. 114 della Costituzione.

La Corte nelle sue numerose pronunce ha mantenuto una sostanziale coerenza nel discernere le competenze legislative di Stato e Regioni, individuando l'ordinamento del diritto privato (*ex art. 117, comma 2, lettera l*) quale area di competenza esclusiva dello Stato, in cui rientra il rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici "privatizzati", anche in applicazione del principio costituzionale di uguaglianza e per garantire un sistema che sia uniforme su tutto il territorio nazionale⁽⁹¹⁾, restando parimenti di esclusiva competenza statale i soli profili pubblicistico-organizzativi riguardanti l'ordinamento e l'organizzazione amministrativa statale e quella degli enti nazionali (*ex art. 117, comma 2, lettera g*)⁽⁹²⁾.

Sono stati, dunque, inclusi nella competenza legislativa esclusiva dello Stato gli istituti della mobilità⁽⁹³⁾ e del distacco⁽⁹⁴⁾, la determinazione dell'orario di lavoro e delle turnazioni del personale⁽⁹⁵⁾; i contratti di collaborazione, disciplinati dall'art. 7, comma 6, del TUIP⁽⁹⁶⁾; gli inquadramenti del personale e l'attribuzione delle mansioni superiori, regolata dall'art. 52 del TUIP⁽⁹⁷⁾; il cumulo degli impieghi, oggetto dell'art. 53 del TUIP⁽⁹⁸⁾; la disciplina dei contratti a termine e della loro durata⁽⁹⁹⁾; il trattamento economico^{(100) (101)}.

È stata parimenti confermata la potestà legislativa "residuale" delle Regioni per tutte le fasi antecedenti all'instaurazione del rapporto di lavoro, in quanto rientranti nell'ordinamento e organizzazione degli enti pubblici non nazionali (art. 117, comma 4, Cost.), e dunque attinenti alla fase pubblicistico-organizzativa: in tal senso si può richiamare la giurisprudenza sull'accesso all'impiego regionale⁽¹⁰²⁾ e quella in materia di

91 Corte costituzionale, sentenza n. 123 del 2010.

92 Corte costituzionale, sentenza n. 63 del 2012.

93 Corte costituzionale, sentenza n. 324 del 2010. In riferimento al riconoscimento di spazi di potestà legislativa residuale delle regioni si veda la sentenza n. 25 del 2021.

94 Corte costituzionale, sentenza n. 257 del 2020.

95 Corte costituzionale, sentenza n. 151 del 2010; Corte costituzionale, sentenza n. 256 del 2012.

96 Le norme regionali che consentono ai dirigenti di prorogare, anche più volte, eventuali contratti di collaborazione in essere, per consentire la conclusione dei progetti, sono state dichiarate incostituzionali in quanto le norme ineriscono ai rapporti di lavoro che sono di competenza esclusiva dello Stato, ma si pongono anche in contrasto con quanto stabilisce sulla durata di tali rapporti l'art. 7 comma 6, lett. d) del d.lgs. n. 165 del 2001 (Corte costituzionale, sentenza n. 170 del 2011). V. anche Corte costituzionale, sentenza n. 173 del 2012.

97 Corte costituzionale, sentenza n. 213 del 2012; Corte costituzionale, sentenza n. 17 del 2014; Corte costituzionale, sentenza n. 180 del 2015.

98 Corte costituzionale, sentenza n. 77 del 2013.

99 La sentenza della Corte costituzionale n. 277 del 2013 ha dichiarato illegittime le norme della Regione Sardegna che prorogavano la durata di contratti a termine che avevano già superato i 36 mesi (in contrasto con art. 9, comma 28, del d.l. n. 78 del 2010), e che prorogavano i termini entro i quali devono maturarsi i requisiti per partecipare alle procedure di stabilizzazione (in violazione del principio fondamentale in tema di stabilizzazione contenuto nell'art. 1, comma 558, della legge n. 296 del 2006).

100 Corte costituzionale, sentenza n. 7 del 2011; Corte costituzionale, sentenza n. 211 del 2014; Corte Costituzionale, sentenza n. 257 del 2016; Corte costituzionale, sentenza n. 175 del 2017. Con riferimento al trattamento economico la sentenza della Corte costituzionale n. 173 del 2012 ha dichiarato costituzionalmente legittimo il comma 3 dell'art. 9 del d.l. n. 78 del 2010, dove stabiliva che il trattamento economico erogato al dirigente dall'amministrazione di appartenenza remunera tutta l'attività da questo svolta, compresa quella connessa con lo svolgimento di incarichi; la norma, infatti, intervenendo sui rapporti di impiego contrattualizzati è riconducibile alla materia del diritto civile di competenza esclusiva dello Stato. Il comma 28 dell'art. 9, che impone vincoli al ricorso alle assunzioni a tempo determinato, alle convenzioni ed ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa, fissa un principio generale di coordinamento della finanza pubblica, non derogabile dalla normativa regionale.

101 Su questa giurisprudenza v. S. DE GOYZEN, *La ricomprendimento del trattamento giuridico ed economico dei dipendenti pubblici nella materia "ordinamento civile" e la competenza regionale in materia di organizzazione*, in *Forum Quaderni costituzionali*, giugno 2018.

102 Corte costituzionale, sentenza n. 2 del 2004; Corte costituzionale, sentenza n. 241 del 2018; Corte costituzionale, sentenza n. 126 del 2020).

graduatorie e scorrimento delle graduatorie regionali⁽¹⁰³⁾.

Il medesimo orientamento è stato espresso con riferimento alla competenza legislativa delle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome. Nello specifico, la Corte ha ribadito che per effetto della contrattualizzazione il rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici “è retto dalla disciplina generale dei rapporti di lavoro tra privati ed è, perciò, soggetto alle regole che garantiscono l’uniformità di tale tipo di rapporti. Conseguentemente i principi fissati dalla legge statale in materia costituiscono tipici limiti di diritto privato, fondati sull’esigenza, connessa al precetto costituzionale di eguaglianza, di garantire l’uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti fra privati e, come tali, si impongono anche alle Regioni a statuto speciale”. Inoltre, la regolazione mediante contratti collettivi del trattamento economico dei dipendenti pubblici “si pone quale limite anche della potestà legislativa esclusiva che l’art. 14, lettera o), dello statuto di autonomia speciale attribuisce alla Regione Sicilia in materia di regime degli enti locali”⁽¹⁰⁴⁾.

Questa giurisprudenza, tuttavia, non è andata esente da critiche: parte della dottrina ritiene che si debbano riconoscere maggiori spazi di autonomia alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome, in quanto “l’accentramento sullo Stato della competenza a regolare i rapporti civili (art. 117, c. 2, lett. l, Cost.) sottrarrebbe, e di fatto ha sottratto, a questi enti la possibilità di disciplinare con proprie leggi lo stato giuridico ed economico del proprio personale”⁽¹⁰⁵⁾.

Particolare delicatezza presenta, poi, l’insieme delle questioni riguardanti l’ordinamento della dirigenza, l’individuazione degli uffici dirigenziali e la determinazione dei poteri dei soggetti ad essi preposti: aspetti, questi, suscettibili di rientrare nella potestà normativa ed organizzativa di Regioni e degli altri enti territoriali, in quanto il regime giuridico dei dirigenti è caratterizzato da un più stretto intreccio fra organizzazione e lavoro⁽¹⁰⁶⁾.

In riferimento a questo tema, alla luce dell’art. 117, comma 2, lettera l) e lettera g), e comma 3, dovrebbero rientrare nella potestà normativa e organizzativa delle Regioni l’assetto ordinamentale della dirigenza, l’individuazione degli uffici dirigenziali e le determinazioni dei poteri dei soggetti ad essi preposti, e dunque lo Stato potrebbe legiferare solo per i propri dirigenti⁽¹⁰⁷⁾.

Merita in proposito di essere segnalata, per il percorso argomentativo utilizzato e per il risultato paradossale prodotto, una significativa decisione del 2010 della Corte costituzionale. Va ricordato che l’art. 19 del TUPI - contenente la disciplina degli incarichi dirigenziali nelle amministrazioni statali - è stato modificato dall’art. 40 del d.lgs. n. 150 del 2009, con un rafforzamento (nei commi 6 e 6 bis) della logica originaria del ricorso agli incarichi esterni, che viene limitato ai casi in cui non si rinvergono, all’interno delle amministrazioni, persone dotate della professionalità in questione, richiedendo una esplicita motivazione e stabilendo poi, nel nuovo comma 6 ter, che le previsioni di cui ai commi precedenti sono “applicabili alle amministrazioni di cui all’art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001”), tra cui, dunque, anche le Regioni e gli

103 La Corte nella sentenza n. 77 del 2020 evidenzia la necessità del rispetto del limite del buon andamento, e nella sentenza n. 126 del 2020 indica i limiti a cui deve essere assoggettato lo scorrimento delle graduatorie. Sul punto v. ampliamento L. FIORILLO, *Pubblico impiego e potestà legislativa regionale: ancora una volta è la Corte costituzionale a tracciare i confini. Nota a sentenza Corte costituzionale 25 giugno 2020*, n. 126, in *Giur. cost.*, 2020, n. 3, pp. 1412-1413.

104 Corte costituzionale, sentenza n. 189 del 2007. In tal senso anche Corte costituzionale, sentenza n. 77 del 2013.

105 E. M. MASTINU, *Potestà legislativa statale e riserva sindacale di contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro pubblico regionale. A proposito della riforma degli statuti speciali di autonomia*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2022, n. 3, p. 531; D. BOLOGNINO, *Storie di figli e figliastri tra le righe delle disposizioni contrattuali e normative dedicate alla retribuzione accessoria della dirigenza pubblica (con osservazioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 138 del 2019)*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2020, n. 4, pp.87-106.

106 G. D’ALESSIO, *Pubblico impiego*, cit., pp. 426- 427; L. ZOPPOLI, *La (piccola) controriforma della dirigenza nelle pubbliche amministrazioni non statali. Prime riflessioni critiche*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, pp. 911 ss..

107 G. D’ALESSIO, *Pubblico impiego*, cit., pp. 426.

enti locali.

Proprio il comma 6 *ter* ha indotto le regioni Piemonte, Toscana e Marche a sollevare questione di legittimità costituzionale, sostenendo tra gli altri motivi la violazione dell'art. 117, comma 4, Cost., perché la materia apparterrebbe alla competenza residuale delle Regioni. La Corte costituzionale con la sentenza n. 324 del 2010⁽¹⁰⁸⁾ ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 40, comma 1, lettera f), del d.lgs. n. 150 del 2009, stabilendo che l'estensione a Regioni ed enti locali delle disposizioni di cui all'art. 19, commi 6 e 6-*bis*, del TUPI è costituzionalmente legittima, in quanto tali previsioni intervengono su materia riconducibile all'ordinamento civile di cui all'art. 117, comma 2, lettera l), Cost.. Le disposizioni in questione, infatti, non riguardano né procedure concorsuali pubblicistiche per l'accesso al pubblico impiego, né la scelta delle modalità di costituzione di quel rapporto giuridico, bensì “*il conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti esterni, che si realizza mediante la stipulazione di un contratto di lavoro di diritto privato. Conseguentemente, la disciplina della fase costitutiva di tale contratto, così come quella del rapporto che sorge per effetto della conclusione di quel negozio giuridico, appartengono alla materia dell'ordinamento civile*”. Non sussiste, dunque, per la Corte costituzionale violazione degli artt. 117, commi 3 e 4, e 119 Cost., perché la norma impugnata non attiene a materie di competenza concorrente (coordinamento della finanza pubblica) o residuale regionale (organizzazione delle regioni e degli uffici regionali, organizzazione degli enti locali), bensì alla materia dell'ordinamento civile, di competenza esclusiva del legislatore statale⁽¹⁰⁹⁾.

Già a suo tempo è stato considerato discutibile l'*iter* interpretativo seguito in tale caso dalla Corte costituzionale per affermare la competenza legislativa dello Stato.

Far rientrare la fissazione delle percentuali per il conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti “esterni” (*ex* art. 19, commi 6 e 6 *bis* del TUPI) nella materia dell’ “ordinamento civile” desta perplessità se si tiene conto del complesso intreccio di fonti privatistiche, pubblicistiche e delle macro aree di influenza sia *ante* che *post* d.lgs. n. 150 del 2009 in tema di lavoro pubblico, che si combina con la riforma di Stato multilivello⁽¹¹⁰⁾ e con la distinzione delle competenze legislative sul lavoro pubblico.

Certamente la linea di confine non è limpida, anche perché incidono sul riparto di competenze anche altri elementi, quali la potestà esclusiva statale sulla “*perequazione delle risorse finanziarie*” (art. 117, comma 2, lettera e)⁽¹¹¹⁾ e sulla “*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni*” (art. 117, comma 2, lettera m)), e la potestà concorrente sul “*coordinamento della finanza pubblica*” (art. 117, comma 3)⁽¹¹²⁾.

Circoscrivendo il campo di analisi alla sola fissazione delle percentuali di conferimento degli incarichi dirigenziali a “soggetti esterni”, si può dubitare che essa rientri nell'ambito del rapporto di lavoro, con la conseguente riconduzione all’ “ordinamento civile”. Il fatto che “*gli incarichi dirigenziali a soggetti esterni, si realizza mediante la stipulazione di un contratto di lavoro di diritto privato*”, non ha nulla a che vedere con l'imposizione di limiti percentuali, che si colloca in una fase necessariamente antecedente rispetto alla stipula del contratto, e che sembra rientrare, piuttosto, “*nei modi di conferimento della titolarità*” degli incarichi, dunque nella

108 Nello stesso senso anche Corte costituzionale, sentenza n. 105 del 2013.

109 Nello stesso senso si veda la sentenza n. 310 del 2011.

110 T. GROPPI e M. OLIVETTI (a cura di), *La repubblica delle autonomie, Regioni ed enti locali, nel nuovo Titolo V*, Torino, Giappichelli, 2001.

111 Su questo aspetto si è ripetutamente pronunciata la Corte Costituzionale, a partire dalla sentenza n. 4 del 2004 (sulla quale v. la nota di D. BOLOGNINO, *La collocazione del lavoro pubblico tra Stato e Regioni nel nuovo Titolo V, parte seconda, della Costituzione*, cit., pp. 7-25).

112 Va considerato che l'orientamento della Corte costituzionale ha spesso ruotato attorno al “*coordinamento della finanza pubblica*”, di competenza concorrente dello Stato, che spesso ha fatto da polo di attrazione verso il centro delle competenze anche in tema di lavoro pubblico. Si rinvia sul punto a G. D'ALESSIO, *Pubblico impiego*, cit., pp. 417-418.

macro organizzazione: di qui, il riconoscimento di un ruolo per la potestà legislativa delle Regioni, che dovrebbe escludere l'automatica applicabilità alle amministrazioni regionali e locali delle disposizioni sulle percentuali indicate per le amministrazioni statali.

Si deve, peraltro, ricordare che Regioni e autonomie locali si trovavano ad operare in un regime di applicazione “flessibile” delle regole dettate per i dirigenti dello Stato dal d.lgs. n. 165 del 2001 già prima della modifica del Titolo V, come emerge dall'art. 27 di detto decreto (articolo peraltro non modificato dal d.lgs. n. 150 del 2009, né da leggi successive), dove si stabilisce che in tema di dirigenza le Regioni e le altre amministrazioni devono adeguare i propri ordinamenti ai principi ricavabili dallo stesso decreto, ma tenendo conto delle relative peculiarità.

E, in proposito, va anche rilevato che l'impostazione rigorosa verso le Regioni e gli enti locali in ordine alla quota di incarichi dirigenziali attribuibili all'esterno dei ruoli non trova riscontro in quanto avvenuto a livello nazionale, dove sono state introdotte norme derogatorie riguardanti singoli settori dell'amministrazione statale⁽¹¹³⁾.

Si è, imposta, pertanto, una uniformità non necessaria alle Regioni e si è consentito solo a determinate amministrazioni nazionali di procedere ad ampliamenti delle percentuali di incarichi conferibili a soggetti diversi dai dirigenti di ruolo (in particolare, a dipendenti delle stesse amministrazioni privi di qualifica dirigenziale), creando disparità di trattamento nel sistema multilivello.

Perplexità desta anche la sentenza n. 196 del 2018, in cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 10 della legge della Regione Liguria 28 aprile 2008, n. 10, istitutiva della vice-dirigenza regionale, ritenendo che la legge regionale sia intervenuta in una materia riservata alla competenza esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lettera l), della Costituzione. Si può, infatti, esprimere qualche dubbio sulla tesi che l'istituzione della vice-dirigenza sia da ricondurre all' “ordinamento civile”, posto che, invece, essa sembrerebbe rientrare nella fase antecedente alla costituzione del rapporto di lavoro, dunque nella sfera pubblicistico-organizzativa di competenza residuale delle Regioni.

Siamo, in questi casi, di fronte a pronunce che appaiono finalizzate a definire un percorso interpretativo che garantisca la “uniforme” attuazione della normativa⁽¹¹⁴⁾: ma va tenuto presente che “uniformità” è concetto differente e più rigido rispetto a quello di “unità” del sistema, non messo in discussione dal legislatore costituzionale nel promuovere la valorizzazione delle Regioni e delle autonomie locali in applicazione dell'art. 5 Cost.

Una posizione più articolata sembra essere stata assunta dalla Corte con la sentenza n. 251 del 2016 (nota soprattutto perché ne è derivata la mancata attuazione della riforma della dirigenza prevista dall'art. 11 della legge delega n. 124 del 2015). Questa sentenza, certo, conferma l'attenzione prevalente del giudice costituzionale per le esigenze di garanzia dell'unitarietà dell'ordinamento: il piano delle riforme

113 Ci si riferisce, in particolare, all'art. 1, comma 352, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, che ha portato al 12% (invece che all'8%) la percentuale per gli incarichi di livello dirigenziale non generale da conferire solamente al personale in servizio presso il Ministero dell'economia e delle finanze. Tra l'altro, la deroga alle percentuali era inizialmente prevista solo per gli anni 2019-2021, e poi è stata portata a regime (sopprimendo il riferimento a tale triennio) con l' art. 1, comma 150, della legge 27 dicembre 2019, n. 160. Dunque, si è proceduto alla “promozione” dei funzionari interni, e solo per un Ministero. L'effetto emulativo non si è fatto attendere e, a un anno di distanza, grazie all'art. 1, comma 158, della stessa legge n. 160 del 2019, come modificato dall' art. 10, comma 5, del d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, convertito dalla legge 24 febbraio 2023, n. 14, la possibilità di aumentare la percentuale è stata consentita anche al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, ed è stata successivamente prorogata sino al triennio 2023-2025.

114 Si ricordano le pronunce che hanno avuto ad oggetto alcune leggi finanziarie (2002, 2003, 2004), nelle quali la Corte costituzionale, sia pure attraverso un diverso iter argomentativo, ha attratto le disposizioni alla competenza legislativa statale richiamandosi al “coordinamento della finanza pubblica”: in particolare, si segnalano Corte costituzionale, sentenza n. 4 del 2004, e Corte costituzionale, sentenza n. 260 del 2004.

amministrative contenuto nella legge del 2015, dice la Corte (riprendendo quanto già affermato nella sentenza n. 278 del 2010), è volto a disciplinare *”in maniera unitaria, fenomeni sociali complessi, rispetto ai quali si delinea una «fitta trama di relazioni, nella quale ben difficilmente sarà possibile isolare un singolo interesse», quanto piuttosto interessi distinti «che ben possono ripartirsi diversamente lungo l’asse delle competenze normative di Stato e Regioni»”*.

A fronte della difficoltà di individuare la titolarità della competenza per lo stretto intreccio fra diverse materie, relazioni e interessi la Corte costituzionale utilizza, per la prima volta in riferimento all’*iter* di approvazione di un provvedimento legislativo⁽¹¹⁵⁾, il principio di leale collaborazione.

Il modo in cui nella sentenza viene utilizzato tale principio, e le conseguenze che ne sono derivate, è stato oggetto di valutazioni prevalentemente (e fondatamente) critiche⁽¹¹⁶⁾: ma è evidente e indiscutibile che in essa trovi espressione l’esigenza di garantire un adeguato coinvolgimento delle Regioni nella definizione di una riforma unitaria.

In particolare, la Corte prende in esame una serie di disposizioni contenute nell’art. 11 e negli articoli 16 e 17 della legge del 2015, nelle quali si definiscono principi e criteri direttivi relativi, rispettivamente, alla delega sulla riorganizzazione di tutta la dirigenza pubblica (compresa la dirigenza regionale e, possiamo aggiungere, locale) e alla delega sul riordino la disciplina del lavoro alle dipendenze di tutte le pubbliche amministrazioni (comprese quelle regionali e locali), rilevando che, in entrambi i casi, tali previsioni indubbiamente incidono su ambiti riconducibili alla competenza del legislatore statale in materia di «ordinamento civile», nella parte in cui attengono a profili relativi al rapporto di lavoro privatizzato o inerenti al regime di responsabilità; ma è altrettanto indiscutibile *che le disposizioni in esame siano in parte riconducibili alla competenza regionale residuale in materia di ordinamento e organizzazione amministrativa regionale*⁽¹¹⁷⁾, entro cui si collocano *le procedure concorsuali per l’accesso agli impieghi e i criteri per la determinazione delle modalità di conferimento, della durata e delle revoca degli incarichi ai dirigenti*⁽¹¹⁸⁾.

Queste competenze, si legge ancora nella sentenza, *“si pongono in un rapporto di “concorrenza”, poiché nessuna di esse prevale sulle altre”*, ma tutte confluiscono nella ridefinizione della normativa sulla dirigenza e sul lavoro pubblico in una prospettiva unitaria, rivelandosi inscindibili e strumentalmente connesse. Tale correlazione, conclude la Corte costituzionale, *“se da un lato costituisce fondamento di validità dell’intervento del legislatore statale, dall’altro impone a quest’ultimo il rispetto del principio di leale collaborazione nell’unica forma adeguata a garantire il giusto contemperamento della compressione delle competenze regionali, che è quella dell’intesa”* nella Conferenza Stato-Regioni.

Questo concorso di competenze, inestricabilmente connesse, testimonia della complessità della identificazione dei ruoli da assegnare ai diversi livelli di governo in ordine alla disciplina del personale pubblico, per effetto della riscrittura del Titolo V

115 A. POGGI e G. BOGGERO, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto*, in *Federalismi*, n. 25, 2016, pp. 4-9; R. BIFULCO, *L’onda lunga della sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, n. 3, 2017, pp. 3-4.

116 Si segnalano, fra i numerosi commenti, quelli di B. G. MATTARELLA, *Delega legislativa e principio di leale collaborazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, pp.179-186; J. MARSHALL, *La Corte costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp.705-710; G. D’AURIA, *Sull’incostituzionalità di alcune deleghe legislative ‘ex’ l. 124/15 per la riforma della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2017, I, p. 451 Sugli effetti ritenuti “devastanti” sulla riforma del lavoro pubblico della sentenza in questione v. S. BATTINI e S. GASPARRINI, *Miseria delle politiche del pubblico impiego in Italia*, cit., p. 25.

117 Inoltre, nella sentenza si rileva che *“le medesime disposizioni sono anche riferite alla competenza regionale residuale in materia di formazione o a quella concorrente in materia di tutela della salute, con riguardo alla disciplina di dettaglio della dirigenza regionale”*.

118 Nel senso di ritenere sussistente la competenza residuale delle Regioni in materia di conferimento degli incarichi dirigenziali regionali si esprime la sentenza n. 191 del 2017 della Corte costituzionale.

della Costituzione, sicché la definizione dell'architettura delle fonti sul lavoro nelle pubbliche amministrazioni impone la ricerca di punti di equilibrio e bilanciamento, in grado di salvaguardare elementi di unitarietà che impediscano la “disgregazione” del sistema delle regole, e al tempo stesso garantiscano la necessaria tutela degli spazi di autonomia legislativa regionale⁽¹¹⁹⁾; un'autonomia da garantire anche, se non soprattutto, alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome⁽¹²⁰⁾.

È, però, da rilevare che, al di là delle prese di posizione della giurisprudenza e della dottrina sugli ambiti di competenza da riconoscere rispettivamente al legislatore nazionale e a quelli regionali, nei fatti continua a prodursi una legislazione di stampo centralistico che tocca la materia del lavoro pubblico. Valga per tutti il riferimento alla recente introduzione nel testo del TUPI dell'art. 35 *ter*⁽¹²¹⁾; con il quale è stato istituito il Portale unico per il reclutamento dei dipendenti pubblici: l'ambito di utilizzo del Portale, inizialmente limitato all'assunzione del personale delle amministrazioni centrali, è stato poi “esteso anche alle Regioni ed enti locali per le rispettive selezioni di personale”⁽¹²²⁾, il che potrà agevolare sul piano pratico le procedure di accesso agli impieghi, ma può suscitare qualche perplessità sul piano giuridico, poiché la materia del reclutamento, in quanto estranea alla dimensione privatistica, è pacificamente di competenza legislativa regionale, anche per espressa indicazione della Corte costituzionale.

5. La moltiplicazione delle fonti normative sul lavoro pubblico e l'esigenza di un “risanamento conservativo” del TUPI.

Prima di chiudere questa ricognizione dei profili salienti del sistema delle fonti in tema di lavoro pubblico, può essere utile svolgere una riflessione sugli aspetti problematici di tale sistema e avanzare qualche ipotesi di revisione dell'attuale assetto normativo.

Nel contesto della scelta fondamentale di adottare un regime privatistico-contrattuale per il lavoro pubblico è palesemente ineludibile – in relazione alle caratteristiche strutturali delle pubbliche amministrazioni e, soprattutto, alle finalità da esse perseguite e, quindi, ai compiti ad esse attribuiti – la previsione di una disciplina specifica per determinati istituti rispetto al modello del codice civile: questa indicazione viene chiaramente esplicitata nell'art. 2, comma 2, del TUPI.

Si possono citare, come esempi significativi di specificità delle regole sul lavoro pubblico rispetto al paradigma privatistico: le disposizioni sulle mansioni, con specifico riferimento allo svolgimento di mansioni superiori, di cui all'art. 52 del TUPI; la disciplina della mobilità volontaria, fortemente proceduralizzata specie a seguito delle modifiche apportate al testo del TUPI dal d.lgs. n. 150 del 2009, anche se per condivisibili finalità di trasparenza e buon andamento⁽¹²³⁾; la modifica, ad opera del d.lgs. n. 75 del 2017, dell'art. 63, comma 2, del TUPI, che ha stabilito il reintegro del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo, in difformità da quanto previsto all'art.

119 Si rinvia, in proposito, a G. D'ALESSIO, *Pubblico impiego*, cit., pp. 433-434.

120 E M. MASTINU, *Potestà legislativa statale e riserva sindacale di contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro pubblico regionale. A proposito della riforma degli statuti speciali di autonomia*, cit., p. 531 ss.

121 Ad opera dell'art. 2, comma 1, del d.l. 30 aprile 2022, n. 36, convertito dalla legge 29 giugno 2022, n. 79.

122 Con l'art. 12, comma 1, lett. c), del d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 aprile 2023, n. 41.

123 D. BOLOGNINO e G. D'ALESSIO, *La mobilità del personale pubblico*, in *Treccani. Libro dell'anno del diritto 2013*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2013, pp. 225-230.

18 dello Statuto dei lavoratori, come modificato dalla legge 28 giugno 2012, n. 92⁽¹²⁴⁾.

Nel tempo, però, le distanze delle regole normative riguardanti il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni rispetto alla disciplina civilistica si sono notevolmente accresciute, sono stati approvati, in ordine sparso, numerosi provvedimenti legislativi riguardanti singoli aspetti della materia, che, comunque, non hanno interessato né gli articoli sulle fonti (artt. 2 e 5 del TUPI) né il riparto di giurisdizione (art. 63 del TUPI): provvedimenti in larga parte motivati da esigenze di risparmio di spesa e spesso incoerenti rispetto alla *ratio* originaria della contrattualizzazione.

Ad accentuare le distanze fra lavoro pubblico e lavoro privato hanno contribuito interventi normativi riconducibili a quattro tipologie:

- a) modifiche di istituti disciplinati dal TUPI, con la finalità di ripensare o incidere, in modo più o meno dichiarato, su elementi dell'impianto privatistico;
- b) modifiche di istituti disciplinati dal TUPI, per cercare di arginarne distorsioni applicative, con riflessi sulla natura dell'istituto;
- c) fuga dalle regole del TUPI, non per correggere un'adeguatezza del testo, ma per affiancare a quanto in esso contenuto altre disposizioni normative in materia di lavoro pubblico o per introdurre deroghe rispetto a quanto previsto dallo stesso decreto;
- d) esclusione, totale o parziale, dell'applicazione al personale pubblico di norme introdotte per il settore privato, con l'obiettivo di marcare espressamente un distinguo per la disciplina del lavoro pubblico privatizzato.

Con riferimento alle modifiche di istituti ricompresi nel TUPI, poste in essere nel tentativo di ridefinire la natura giuridica di determinati atti, possiamo citare la questione riguardante gli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali, alla luce di quanto previsto dalla legge n. 145 del 2002. Si ricorderà che prima di tale legge gli equilibri tra provvedimento e contratto per l'assegnazione degli incarichi ai dirigenti, secondo a quanto previsto nella versione originaria dell'art. 19 del TUPI, erano a favore del contratto, con il quale venivano determinati l'oggetto, gli obiettivi da conseguire, la durata dell'incarico ed il trattamento economico. Invece, in base alla legge del 2002 tali elementi non vengono più definiti contrattualmente ma con un "provvedimento", e solo il trattamento economico viene individuato in un contratto, che accede al provvedimento di conferimento dell'incarico dirigenziale: obiettivo dichiarato dal legislatore era la riconduzione nella sfera del diritto pubblico degli atti di conferimento degli incarichi⁽¹²⁵⁾. In questa sede non serve ripercorrere tutte le posizioni dottrinali che interpretarono il quadro normativo risultante dalla legge n. 145 del 2002, talvolta vedendoci una ripubblicizzazione degli atti in questione⁽¹²⁶⁾, talaltra confermandone,

124 La reintegrazione nel caso di licenziamento illegittimo, che "pone la parola fine ad un annoso dibattito, peraltro qualche tempo prima risolto dalla Cassazione nel senso di ritenere applicabile ai dipendenti pubblici contrattualizzati l'art. 18 pre-Fornero, e che tuttavia presenta un interrogativo con riguardo alla fissazione in ventiquattro mensilità dell'indennità risarcitoria massima" viene valutata favorevolmente da A. BOSCATI, *La specialità del lavoro pubblico. Fonti legali e fonti contrattuali nella progressiva evoluzione del sistema normativo tra organizzazione e disciplina del rapporto di lavoro*, cit., pp. 28-29.

125 Ciò emerge chiaramente dalla circolare del 31 luglio 2002 del Dipartimento della funzione pubblica (che stabiliva le modalità applicative della legge sul riordino della dirigenza), dove si sottolineava che "nel nuovo assetto normativo della dirigenza l'atto di conferimento dell'incarico assume connotazione provvedimentale, ponendosi come determinazione conclusiva di un apposito procedimento amministrativo, nel quale si manifesta l'interesse pubblico correlato al perseguimento degli obiettivi definiti dall'organo di indirizzo politico-amministrativo. La legge qualifica espressamente l'atto di assegnazione delle funzioni dirigenziali come provvedimento, ponendo in rilievo il carattere unilaterale della determinazione".

126 L. OLIVIERI, *Costituzionalmente legittimo l'art. 68 del d.lgs. 29/93, ma restano ancora in piedi i problemi sulla giurisdizione relativa agli incarichi dirigenziali*, su www.giust.it/corte/cost_2001-275.htm, C. D'ORTA, *Gli incarichi dirigenziali nello Stato dopo la l. n. 145/2002*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, p. 931.

comunque, la natura privatistica⁽¹²⁷⁾: basta ricordare che la *querelle* fu sciolta dalla Corte di Cassazione, che in tutta una serie di pronunce ha qualificato il “*provvedimento*” previsto dalla nuova formulazione dell’art. 19 del TUPI come atto unilaterale privatistico⁽¹²⁸⁾. In particolare, nella sentenza n. 5659 del 20 marzo 2004⁽¹²⁹⁾ la Suprema Corte ha incluso il potere di conferimento degli incarichi nella categoria dei poteri privati, in quanto in base all’invariato art. 2, comma 1, del TUPI “*risulta sottratto dalla soglia di configurazione strutturale degli uffici pubblici e concerne invece, il piano del funzionamento degli apparati e, quindi, l’area della capacità di diritto privato*”: tale atto viene, dunque, assunto dall’amministrazione “*con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro*” (art. 5, comma 2, del TUPI) e si presenta come un atto “*a necessaria struttura unilaterale e non recettizio*”, con cui si è inteso rafforzare “*la posizione di preminenza del datore di lavoro pubblico sul piano dell’organizzazione*”⁽¹³⁰⁾.

Quanto alle modifiche normative motivate dalla necessità di cercare di arginare distorsioni applicative, si possono ricordare le vicende che hanno riguardato le progressioni di carriera⁽¹³¹⁾. All’indomani della tornata contrattuale degli anni 1998-2001, che diede vita alle prime vere progressioni di carriera per i dipendenti pubblici, si aprì un ampio dibattito sulla natura delle “*progressioni verticali*” (cioè quelle comportanti il passaggio dei soggetti interessati da un’area contrattuale all’altra), che vedeva parte della giurisprudenza qualificarle quali atti di gestione di un rapporto di lavoro già in atto, quindi regolamentati dalla disciplina privatistica del pubblico impiego⁽¹³²⁾, mentre altra parte della giurisprudenza, risultata maggioritaria⁽¹³³⁾, le classificava quali forme di reclutamento soggette alla regola del pubblico concorso,

127 A. CORPACI, “*Il nuovo regime del conferimento degli incarichi dirigenziali e problemi in tema di giurisdizione sugli incarichi dirigenziali*”, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, p. 220; A. BOSCATI, *L’atto di conferimento dell’incarico dirigenziale: la Cassazione ne riafferma la natura privatistica*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, p. 188; L. ZOPPOLI, *La (piccola) “controriforma” della dirigenza nelle amministrazioni pubbliche non statali: prime riflessioni critiche*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, p. 922; D. BOLOGNINO, *La dirigenza pubblica statale tra autonomia e responsabilità*, Padova, Cedam, 2007, 88-104; L. MENGHINI, *La disciplina degli incarichi dirigenziali*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, p. 1028; M. G. GAROFALO, *La dirigenza pubblica rivisitata*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, p. 885; M. LANOTTE, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, Torino, Giappichelli, 2003, 61; A. PIOGGIA, *Cindecim e funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004, 147.

128 La linea di ragionamento adottata dalla Cassazione appare solidamente fondata in termini di principio, perché, come si è avuto occasione di rilevare già all’indomani dell’approvazione della legge n. 145 del 2002, la scelta di utilizzare lo strumento provvedimentale per l’affidamento degli incarichi dirigenziali non è “*giuridicamente ed istituzionalmente obbligata*”, e “*non sembra coerente con la considerazione di ordine generale secondo cui il negozio giuridico di diritto privato di per se è strumento idoneo al perseguimento dei diversi risultati e, quindi, anche dello specifico interesse pubblico cui la pubblica amministrazione informa la sua azione*” (G. D’ALESSIO, *La legge di riordino della dirigenza: nostalgia, antilogie ed amnesie*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, p. 228).

129 Sulla quale v. tra gli altri i commenti di G. NICOSIA, *La Cassazione “blinda” la privatizzazione del rapporto di lavoro dirigenziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 1099 ss., e, con annotazioni critiche sulla sentenza, di E. ALES, *L’incerta qualificazione del provvedimento di conferimento o revoca degli incarichi dirigenziali: poteri imprenditoriali e poteri datoriali delle pubbliche amministrazioni al vaglio della giurisprudenza*, in *Diritti lavori mercati*, 2004, p. 355.

130 Prendendo atto del consolidamento di questa interpretazione giurisprudenziale, e tenendo conto del fatto essa sembra aver avuto un tacito consenso da parte del legislatore - il quale, pur essendo intervenuto più volte nell’ultimo ventennio sulle norme riguardanti gli incarichi dirigenziali, non l’ha mai smentita o corretta - probabilmente sarebbe opportuno recepirla nel testo del TUPI, eliminando il riferimento ad un “*provvedimento*” che in realtà va considerato un atto privatistico.

131 Per una ricognizione generale sul tema, e per i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, ci si permette di rinviare a G. D’ALESSIO, *Il reclutamento del personale e della dirigenza delle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2020, n. 4, pp. 10-18.

132 Si possono citare, per tutte, Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 11 giugno 2001, n. 7859, e Corte di Cassazione, Sez. Unite, 10 dicembre 2001, n. 15602.

133 Invece, nella dottrina appaiono prevalenti le opinioni di quanti hanno espresso una posizione critica sull’assoggettamento delle progressioni verticali a procedure concorsuali, visto come un ingiustificato irrigidimento nella gestione di risorse umane delle quali l’amministrazione è già dotata: in tal senso, tra gli altri, M. RUSCIANO, *Carriera per concorso del dipendente pubblico: “imparzialità” o “non andamento”?*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, pp. 215 ss.; F. CARINCI, *Errare humanum est, perseverare autem diabolicum*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, pp. 201 ss.; A. CORPACI, *Pubblico e privato nel lavoro con le amministrazioni pubbliche: reclutamento e progressioni di carriera*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, pp. 375 ss.; V. LUCIANI, *Il principio di concorsualità tra assunzioni e progressioni di carriera*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., pp. 316 ss.; G. GARDINI, *Note a margine del lavoro pubblico dopo l’entrata in vigore del nuovo Titolo V, parte II, della Costituzione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, pp. 525 ss.

e quindi sottoposte a un regime pubblicistico, con chiari riflessi anche dal punto di vista del riparto di giurisdizione⁽¹³⁴⁾. Sul tema è, poi, ritornato il decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75, che ha consentito – sia pure limitatamente nel tempo – progressioni di carriera verticali interamente destinate agli interni (art. 22, comma 15). Infine, a riformulare la disciplina delle progressioni verticali è intervenuto l'art. 3, comma 1, del d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito dalla legge 6 agosto 2021, n. 113, che ha dettato una nuova formulazione del comma 1 *bis* dell'art. 52 del TUPI, secondo la quale “*fatta salva una riserva di almeno il 50 per cento delle posizioni disponibili destinata all'accesso dall'esterno, le progressioni fra le aree e, negli enti locali, anche fra qualifiche diverse avvengono tramite procedura comparativa basata sulla valutazione positiva conseguita dal dipendente negli ultimi tre anni di servizio, sull'assenza di provvedimenti disciplinari, sul possesso di titoli e competenze professionali ovvero di studio ulteriori rispetto a quelli previsti per accesso all'area dall'esterno, nonché sul numero e sulla tipologia degli incarichi rivestiti*”. Pertanto, si è approdati ad una soluzione di compromesso, che garantisce da un lato l'attribuzione delle posizioni superiori tramite concorso pubblico, dall'altro la possibilità di sviluppo di carriera grazie ad una procedura selettiva, fondata su criteri meritocratici, riservata agli interni.

Quanto alla terza tipologia di modifiche normative, definibile come una fuga dal TUPI, lasciando da parte tutte le disposizioni introdotte (soprattutto nello scorso decennio) per finalità di contenimento della spesa pubblica e quelle attualmente collegate all'attuazione del PNRR, merita attenzione il fenomeno, di considerevole ampiezza, costituito dalla approvazione di previsioni, anche di rilievo generale, in materia di lavoro pubblico non inserite nel TUPI⁽¹³⁵⁾ e di disposizioni derogatorie rispetto a quanto stabilito dal medesimo Testo unico del 2001.

Particolarmente rilevante è il numero (che si aggira intorno alle duecento) delle deroghe a specifiche norme del TUPI.

Per citarne solo alcune, possiamo ricordare le disposizioni che contengono deroghe all'applicazione degli articoli sulla mobilità volontaria, e dunque consentono a singole amministrazioni di bandire concorsi non seguendo la ordinaria procedura prevista per il preventivo esperimento di tale mobilità⁽¹³⁶⁾, e quelle che derogano ai limiti all'utilizzazione di contratti di collaborazione e dei contratti a tempo determinato posti dall'art. 7 e dall'art. 36 del TUPI⁽¹³⁷⁾.

Chiaramente, si tratta di temi molto discussi e complessi, che riguardano gli

134 Corte costituzionale, sentenza n. 320 del 1997 e sentenza n. 1 del 1999, nonché Corte costituzionale, sentenza n. 194 del 2002 (sulla quale v. la nota di D. BOLOGNINO, *La Corte Costituzionale fissa i limiti dei concorsi interni nelle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. lav.*, 2002/2003, n. 6, p. 533-546); Corte di Cassazione, Sez. Unite, ord. 26 maggio 2004, n. 10183.

135 B. G. MATTARELLA, *Il lavoro pubblico*, cit., p. 320.

136 Art. 9 *duodecies*, comma 2, del d.l. 19 giugno 2015, n. 78, convertito dalla legge 6 agosto 2015, n. 125; art. 1, comma 258, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, come modificato dall'art. 12, comma 3 *ter*, lett. *b*), del d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, convertito dalla legge 28 marzo 2019, n. 26; art. 36, comma 2, del d.lgs. 20 febbraio 2019, n. 15; art. 1, comma 435, della legge 30 dicembre 2020, n. 178; art. 28, comma 2 *ter*, del d.l. 17 maggio 2022, n. 50, convertito dalla legge 15 luglio 2022, n. 91; art. 15 *ter*, comma 3, del d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, convertito dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172; art. 1, commi 567, 572 e 576, della legge 27 dicembre 2017, n. 205; art. 15, comma 3, e 15 *bis*, comma 1, del d.l. 28 settembre 2018, n. 109, convertito dalla legge 16 novembre 2018, n. 130, art. 1, commi 355 e 374, della legge 30 dicembre 2018, n. 145; art. 3, comma 4, e 6, comma 5, della legge 19 giugno 2019, n. 56, e successivamente art. 1, comma 1004, della legge 30 dicembre 2020, n. 178.

137 Art. 1, comma 410, della legge 1 dicembre 2016, n. 232, come modificato dall'art. 22, comma 10, del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75; art. 1, comma 433, della legge 27 dicembre 2017, n. 205; art. 1, comma 284, della legge 27 dicembre 2019, n. 160; art. 2, comma 1 *bis*, lett. *b*), del d.l. 9 gennaio 2020, n. 1, convertito dalla legge 5 marzo 2020, n. 12, e, successivamente, art. 4, comma 7, del d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, convertito dalla legge 26 febbraio 2021, n. 21; art. 1, comma 11, del d.l. 4 novembre 2009, n. 152, convertito dalla legge 29 dicembre 2009, n. 197; art. 2 *bis*, commi 1, lett. *a*), e 5, e 10, comma 1, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27; art. 1, comma 14, del d.l. 10 maggio 2020, n. 30, convertito dalla legge 2 luglio 2020, n. 72; art. 1, commi 7 e 7 *bis*, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito dalla legge 17 luglio 2020, n. 77; art. 33, commi 1 e 3, del d.l. 25 maggio 2021, n. 73, convertito dalla legge 23 luglio 2021, n. 106; art. 34, comma 1, del d.l. 21 marzo 2022, n. 21, convertito dalla legge 20 maggio 2022, n. 51, e, successivamente, art. 12, comma 2, del d.l. 30 marzo 2023, n. 34, convertito dalla L. 26 maggio 2023, n. 56.

spazi di manovra sulla gestione e la “valorizzazione” del personale in servizio e sul reclutamento del nuovo personale: non dimenticando che sono questioni che vanno analizzate e scelte legislative che vanno valutate anche tenendo conto della necessità di evitare di creare nuovo precariato.

Su un altro versante, va ricordata la tendenza del legislatore che disciplina i rapporti di lavoro subordinato nell'impresa ad escludere i dipendenti delle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del TUPI dall'applicazione di normative introdotte per il lavoro alle dipendenze di soggetti privati⁽¹³⁸⁾.

Nello specifico si segnalano: il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, recante attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30, che all'art. 1, comma 2, espressamente esclude dalla sua applicazione le pubbliche amministrazioni e il loro personale; le disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita, di cui alla legge 28 giugno 2012, n. 92, che all'art. 1, comma 7, non ne indica una applicazione diretta, ma solo in via di principio alle pubbliche amministrazioni⁽¹³⁹⁾; le collaborazioni organizzate dal committente, di cui al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, non applicabile alle pubbliche amministrazioni (art. 2, comma 4); le modifiche al contratto di lavoro a tempo determinato apportate dal d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito dalla legge 9 agosto 2018, n. 96, che non si applicano alle pubbliche amministrazioni (così art. 1, comma 3).

Risulta, inoltre, di dubbia applicazione alle pubbliche amministrazioni anche la disciplina del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, posto che all'art. 1 individua categorie di dipendenti in parte non presenti nelle stesse amministrazioni⁽¹⁴⁰⁾.

E, ancora, il d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, contenente le disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, è applicabile ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ma al suo interno contiene per tali lavoratori delle disposizioni in parte specifiche (ad es. nell'art. 57, articolo per altro inserito tra le “disposizioni speciali”).

Risultano, invece applicabili anche alle pubbliche amministrazioni, altri provvedimenti legislativi, quali il d.lgs. 9 aprile, n. 81, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro⁽¹⁴¹⁾, e il d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66, che ha dato attuazione alle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro.

Da tutto questo complicato scenario emerge con evidenza che in questi trent'anni l'assetto delle fonti del lavoro pubblico contrattualizzato si è sensibilmente allontanato dal modello originario dalla riforma in senso privatistico del pubblico impiego, che (specie dopo la “seconda privatizzazione”) esprimeva – come è stato autorevolmente evidenziato – “l'intenzione di sottoporre ad una regolamentazione comune, quella della disciplina giuslavoristica, l'intero universo del lavoro subordinato, prestato alle dipendenze sia di una impresa sia di una pubblica amministrazione”⁽¹⁴²⁾: ne derivava una regolamentazione delle fonti nella quale “la normativa civilistica conservava la

138 Da ultimo sul tema v. F. CARINCI, *Il diritto del lavoro pubblico è speciale?*, cit., pp. 3-9.

139 Nello specifico il comma 7 prevede che “...costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in coerenza con quanto disposto dall'articolo 2, comma 2, del medesimo decreto legislativo” (art. 1, comma 7, della legge n. 92 del 2012). A sua volta, il successivo comma 8 richiede una normativa apposita per il lavoro pubblico (dunque differente): “Al fine dell'applicazione del comma 7 il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche” (art. 1, comma 8, della legge n. 92 del 2007).

140 In tal senso F. CARINCI, *Il diritto del lavoro pubblico è speciale?*, cit., p. 8.

141 Il decreto, in base all'art. 3, comma 1, risulta applicabile a tutti i lavoratori pubblici e privati.

142 F. CARINCI, *Il diritto del lavoro pubblico è speciale?*, cit., p. 4.

caratteristica di “generale”, si da essere resa comune, mentre la normativa del t.u.p.i. era ritenuta “speciale”, prevalente solo se prevista esplicitamente come tale, tanto da far supporre che a fronte di una qualche incoerenza fra l’una e l’altra non risolta debitamente, dovesse prevalere la generale sulla speciale⁽¹⁴³⁾.

Con il passare degli anni, e con il moltiplicarsi degli interventi, di diversa natura e consistenza sotto il profilo sia formale che sostanziale, del legislatore – interventi che in certi momenti hanno assunto un carattere tumultuoso – si è creato un modello ibrido⁽¹⁴⁴⁾, che di fatto si propone come un *tertium genus*, che si affianca al diritto del lavoro pubblico, che si applica alle sole categorie individuate nell’art. 3 del TUPI, e al diritto del lavoro privato, che per diversi aspetti non si applica, oppure si applica solo parzialmente o a certe condizioni, ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche.

Questo non comporta l’abbandono dell’ispirazione e del significato della riforma del pubblico impiego avviata all’inizio degli anni Novanta, ma implica una rimodulazione del modello basato sul riferimento al diritto privato allora adottato, per tenere conto delle specificità che caratterizzano le relazioni di lavoro nelle pubbliche amministrazioni: la massiccia (e, non di rado, disordinata) rilegificazione che ha investito il lavoro pubblico sicuramente ha provocato un ridimensionamento dell’obiettivo di assimilare le regole del lavoro nel settore pubblico a quelle del settore privato grazie ad una progressiva convergenza normativa, ma non ha condotto ad una ripubblicizzazione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici⁽¹⁴⁵⁾, in quanto sono rimasti sostanzialmente invariati i principi fondamentali che connotano il regime privatistico del lavoro pubblico⁽¹⁴⁶⁾.

Appare, pertanto, condivisibile la posizione di chi sostiene che la regolazione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici presenta significativi profili di specialità – che, indubbiamente, si sono moltiplicati ed accresciuti negli ultimi anni a causa della iperregolazione legislativa - rispetto a quella del lavoro alle dipendenze dei privati, ma non per questo si può parlare di un rapporto di lavoro speciale: esso è e rimane un rapporto di matrice contrattuale e, in quanto tale, di natura privatistica, seppure caratterizzato da una specialità di disciplina⁽¹⁴⁷⁾.

Una volta chiarito il quadro di riferimento concettuale sul quale si innesta il sistema delle norme sul lavoro pubblico, non si può non rilevare che l’alluvionale produzione legislativa del recente passato ha inciso profondamente sulla struttura, sui contenuti

143 Ibidem. Secondo B. CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico: la “legge Madia” e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell’“eterno ritorno” allo statuto speciale del lavoratore pubblico*, in B. CARUSO (a cura di) *La quarta riforma del lavoro pubblico e oltre*, Quaderno della rivista *Diritti lavori mercati*, 2019, p. 56, dovrebbe valere tuttora il principio per cui “*la convergenza regolativa del lavoro pubblico e privato è la regola, la divergenza è l’eccezione che deve essere di volta in volta giustificata e scrutinata come necessaria ovvero opportuna, in ragione di effettive e motivate esigenze di differenziazione*”.

144 Di “*un processo di lenta ma continua ibridazione di modelli e tecniche regolative*” nel lavoro pubblico parla B. CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico: la “legge Madia” e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell’“eterno ritorno” allo statuto speciale del lavoratore pubblico*, cit., pp. 42-43, il quale considera l’ibridazione tra regole privatistiche e pubblicistiche, se razionalmente e consapevolmente governata, come una “*soluzione evolutiva e dinamica di problemi tipici di sistemi e organismi complessi*”.

145 A. BOSCATI, *La specialità del lavoro pubblico. Fonti legali e fonti contrattuali nella progressiva evoluzione del sistema normativo tra organizzazione e disciplina del rapporto di lavoro*, cit., pp. 1-2 e 36.

146 Tali principi sono stati così individuati da B. CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico: la “legge Madia” e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell’“eterno ritorno” allo statuto speciale del lavoratore pubblico*, cit., pp. 25 ss.: contrattualizzazione del rapporto di lavoro; gestione del personale attraverso atti datoriali di natura privatistica; separazione tra atti di indirizzo politico e atti gestione; competenza esclusiva della contrattazione collettiva di diritto comune nella determinazione dei trattamenti economico/normativi dei dipendenti; giurisdizione del giudice ordinario su tutti gli aspetti del rapporto di lavoro, fatta eccezione per le regole assunzionali.

147 A. BOSCATI, *La specialità del lavoro pubblico. Fonti legali e fonti contrattuali nella progressiva evoluzione del sistema normativo tra organizzazione e disciplina del rapporto di lavoro*, cit., p. 33, che a sua volta cita M. D’ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, n. 4, p. 68, secondo il quale “*il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni non è un rapporto speciale ... anche se discipline speciali, in deroga al codice civile e alle leggi sul lavoro nell’impresa, possono essere richieste da qualche caratteristica dell’organizzazione pubblica*”.

e sulla qualità del TUPI, che ospita o, per meglio dire, dovrebbe ospitare⁽¹⁴⁸⁾ le norme di rilievo generale della materia. In effetti, rispetto alla versione originaria del d.lgs. n. 165 del 2001, si registrano molteplici correzioni, integrazioni, aggiunte e vere e proprie riscritture di intere sezioni, tra loro di segno e valore diverso, che hanno notevolmente appesantito il testo e ne hanno reso problematica la lettura, l'interpretazione e, soprattutto, l'applicazione. A prescindere dal merito, dalla bontà o meno delle modificazioni intervenute, l'effetto è di incertezza e confusione, di fronte a previsioni non solo troppo numerose e non di rado di cattiva qualità, ma introdotte di volta in volta con finalità non convergenti o addirittura divergenti, all'interno di provvedimenti normativi organici ma anche in modo estemporaneo, mescolando indicazioni intese a definire nuove regole a regime ed altre inserite - non di rado, senza apparente motivo - all'interno di provvedimenti riguardanti altre materie o legati a situazioni contingenti o di carattere emergenziale.

Più volte (da ultimo con la legge n. 124 del 2015) si è avanzata l'idea di sostituire il TUPI con una nuova legge (o un decreto legislativo), ma senza alcun esito.

Il problema rimane aperto: quindi, al di là, come detto, del merito, andrebbe messa in cantiere, se non la sostituzione, una revisione complessiva dell'attuale versione del Testo unico. In tal caso, si dovrebbe valutare se riprendere o meno l'idea di una sorta di "codice" del lavoro pubblico (come quello al quale si era lavorato prima del d.lgs. n. 165 del 2001) oppure limitarsi ad una riscrittura del testo del TUPI quale oggi si presenta, per restituirgli coerenza e omogeneità, per intervenire su istituti che alla prova dell'esperienza meritino di essere ripensati o corretti, e per aggiornarlo alle trasformazioni nel frattempo intervenute nelle amministrazioni e nel loro *modus operandi*.

La prima opzione sarebbe forse quella da preferire, perché consentirebbe di razionalizzare e "bonificare" il complesso, disarticolato e frammentato, panorama della normativa riguardante a vario titolo la disciplina e la gestione del personale pubblico, ma appare di difficile realizzazione.

Se si decidesse di optare per la seconda ipotesi (che appare più agevolmente praticabile), bisognerebbe rifuggire la tentazione di stravolgere il senso della riforma iniziata trent'anni fa smontando l'intelaiatura del "prodotto" legislativo che ne è scaturito: si dovrebbe, invece, porre in essere un intervento di "risanamento conservativo" che realizzi una ricucitura del tessuto normativo, eliminando strappi, incongruenze e superfetazioni e introducendo anche elementi innovativi, ma congruenti con l'impianto complessivo già definito.

Dunque, occorrerebbe innanzitutto confermare - prendendo come punto di riferimento le disposizioni in vigore sul rapporto fra fonti normative e negoziali - la garanzia per il ruolo e lo spazio della contrattazione collettiva, che è in grado di dare omogeneità di disciplina nelle aree e nei comparti diversi⁽¹⁴⁹⁾, contrastando i fenomeni di "microlegislazione" che in questi ultimi anni sono tornati a caratterizzare in senso negativo la produzione legislativa in tema di lavoro pubblico.

Quanto ai contenuti del TUPI "rivisitato", ferma restando l'esigenza di salvaguardare gli elementi di specialità che risultano necessari in considerazione della natura pubblica del datore di lavoro, a fronte della generale applicazione delle disposizioni "del capo

148 È opportuno usare il condizionale perché, come visto, accanto al TUPI si è andato progressivamente affastellando un corpus insieme di altri provvedimenti normativi riguardanti vari aspetti della regolazione del personale delle pubbliche amministrazioni.

149 È stato giustamente ricordato che proprio attraverso la contrattazione collettiva passa "la tendenziale unificazione tra regolazione del lavoro pubblico e del lavoro privato, con il driver privilegiato di tale processo affidato alla fonte contrattuale, individuale e collettiva, quale caratteristica genetica e pietra angolare del sistema" (B. CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico: la "legge Madia" e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell'eterno ritorno" allo statuto speciale del lavoratore pubblico*, cit., p. 28).

I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa" (art. 2 del TUIPI), occorrerebbe tendenzialmente ricondurre all'interno del Testo la totalità delle disposizioni di rilievo generale da applicare al rapporto di lavoro pubblico (confermandone il carattere imperativo, ove necessario).

Pertanto, andrebbe effettuata una attenta ricognizione e analisi delle previsioni riguardanti il personale pubblico reperibili nella legislazione in vigore, inserendole ove possibile e opportuno all'interno del TUIPI e abrogando quelle che non abbiamo motivata ragione di permanere nell'ordinamento; laddove, poi, sussista una reale necessità di derogare alle regole generali o di adottare specifiche disposizioni per talune amministrazioni o per determinate situazioni, si potrebbero inserire tutte queste in un unico allegato (da aggiornare periodicamente) allo stesso Testo unico, in modo che sia sempre e chiaramente visibile il quadro delle deroghe e delle eccezioni.

Da ultimo, non può nascondersi che tale riflessione dovrebbe probabilmente riguardare anche la legislazione riguardante il lavoro nel settore privato che, come sopra evidenziato, è in buona parte orientata verso l'esclusione del lavoro pubblico dalla sua sfera di applicazione: una scelta, questa, che andrebbe confermata solo ove necessaria, e bilanciata da una adeguata disciplina speciale nel TUIPI.