

## Tra organizzazione degli uffici e rapporto di lavoro. Il contratto (collettivo) tra politica e amministrazione, vent'anni dopo

Marco Ragusa

*L'articolo affronta il tema del rapporto tra contrattazione collettiva e organizzazione amministrativa. Ripercorrendo le tappe della legislazione nei vent'anni di vigenza del d.lgs. n. 165/2001, l'analisi si concentra sul ruolo assunto dalla contrattazione collettiva nazionale e integrativa nella definizione del rapporto tra politica e amministrazione. La disciplina contrattuale relativa agli incarichi dirigenziali e ai poteri organizzativi del dirigente, nelle conclusioni, è esaminata per tirare le somme del percorso fino a oggi intrapreso dalla legislazione.*

### 1. La contrattazione collettiva all'indomani della "seconda privatizzazione"

L'emanazione del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165<sup>1</sup> segna un parziale punto di approdo della riforma del pubblico impiego avviata dall'inizio degli anni '90: il sistema di principi e norme dettati dal testo unico, in particolare, rappresenta il suggello della c.d. seconda privatizzazione, cioè del processo di revisione che, alla fine del precedente decennio, aveva interessato almeno due profili strutturali dell'impianto originario del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, relativi all'estensione – rispettivamente, (i) soggettiva e (ii) oggettiva – delle competenze della contrattazione collettiva. (i) Il primo di essi è costituito dal rapporto di lavoro dei dirigenti generali, il quale – ricondotto dal d.lgs. n. 80/1998 al paradigma contrattuale – viene assoggettato, come quello della dirigenza non generale, al concorso tra disciplina legislativa e pattizia<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> D'ora innanzi anche "testo unico" o "TUPI".

<sup>2</sup> L'art. 2, c. 2, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 ha infatti modificato il testo dell'art. 2, c. 4, del d.lgs. n. 29/1993, espungendo dal novero dei rapporti di lavoro non contrattualizzati (ai sensi dei precedenti commi 2 e 3), quello dei «dirigenti generali nominati con decreto del Presidente della Repubblica previa deliberazione del Consiglio dei Ministri e quelli a questi stessi equiparati [...]». In forza delle modifiche apportate all'art. 23 del d.lgs. n. 29/1993 dall'art. 15

La scelta del 1998 rappresenta una presa di distanza di massimo grado rispetto all'orientamento espresso, alla vigilia della "prima privatizzazione", dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato<sup>3</sup>. In questa occasione, della privatizzazione era stato innanzitutto criticato – già con riferimento alla dirigenza non generale (e addirittura alle qualifiche non dirigenziali dell'ordinamento del personale) – l'intento di proiettare sul rapporto di pubblico impiego il sinallagma che contraddistingue il contratto di lavoro subordinato<sup>4</sup>: «pare impossibile», aveva evidenziato il Consiglio di Stato, «ridurre la posizione soggettiva della pubblica amministrazione ad un mero interesse economico-privatistico a conseguire l'effettuazione della prestazione lavorativa da parte del dipendente; laddove è preminente l'interesse, pubblicistico e generale, al corretto esercizio delle pubbliche funzioni a vantaggio della collettività».

Al legislatore di fine anni '90 questa assimilazione è apparsa tutt'altro che «impossibile»: la privatizzazione è stata infatti estesa ai dirigenti originariamente esclusi dalla riforma nonostante la «più elevata qualifica» da essi posseduta fosse, all'evidenza, indissociabile dalle «pubbliche funzioni» esercitate<sup>5</sup>.

Il modello del rapporto di lavoro dei dirigenti che, dal 1998, viene esteso a quelli generali è un modello modificato nella struttura, a causa della

del d.lgs. n. 80/1998, l'intera dirigenza delle amministrazioni statali confluisce in un ruolo unico, articolato in due fasce: da qui la modifica della rubrica e del primo comma dell'art. 15 d.lgs. n. 29/1993 operata dall'art. 10 d.lgs. n. 80/1998.

<sup>3</sup> Parere reso dal Consiglio di Stato, Ad. gen., 31 agosto 1992, n. 146 (in *Il Foro Italiano*, 1993, III, p. 4 ss.) sul disegno di legge delega per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale, poi divenuto il testo della l. 23 ottobre 1992, n. 421.

<sup>4</sup> In argomento M. BARBIERI, *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le pubbliche amministrazioni: un percorso storico-critico*, Bari, Cacucci, 2018.

<sup>5</sup> A tale specialità delle funzioni della dirigenza generale aveva peraltro fatto riferimento Corte cost. 25 luglio 1996, n. 313, nel rigettare la questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3 e 97 Cost., degli artt. 2, comma 1, lett. a) della legge, n. 421/1992, e 2, commi 2 e 4, 12, commi 2 e 4, 16, 17 e 20, comma 1, d. lgs. n. 29/1993, «nella parte in cui mantengono il rapporto pubblicistico di servizio per i soli dirigenti generali e privatizzano viceversa lo status degli altri dirigenti»: sulla relatività della distinzione tra dirigenza generale e non generale v. E. GRAGNOLI, *Imparzialità del dipendente pubblico e privatizzazione del rapporto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 1997, II, p. 36 ss.

generalizzazione del principio di temporaneità degli incarichi<sup>6</sup>, rispetto alla sua conformazione originaria. Al rapporto (necessariamente) a tempo determinato, costituito dall'incarico dirigenziale, è peraltro attribuita dalla legge la stessa natura di quello a tempo indeterminato a cui esso accede: ben al di là di ogni timore del Consiglio di Stato, non solo il possesso della qualifica dirigenziale, ma anche la titolarità delle funzioni trova così espresso fondamento in una fonte contrattuale<sup>7</sup>.

A un contratto individuale, in altri termini, resta affidato il rapporto tra le (ormai distinte) competenze del vertice politico e del vertice burocratico. È pacifico che il rapporto-base, al quale è ancorato il possesso della qualifica dirigenziale, sia soggetto alla disciplina contrattuale collettiva ai sensi dei commi 2 e 3 dell'art. 2 del d.lgs. n. 29/1993 (nel testo modificato dal d.lgs. n. 80/1998, trasfuso, nel 2001, all'art. 2 del testo unico): non altrettanto chiaro è però se (o in che misura) i contratti collettivi abbiano competenza a regolare anche il rapporto individuale costitutivo dell'incarico dirigenziale. La soluzione del problema è strettamente collegata al tema qui d'appresso affrontato.

(ii) L'altro profilo strutturale dell'impianto originario del d.lgs. n. 29/1993 interessato dalla seconda privatizzazione, al quale si accennava in apertura, è infatti relativo all'estensione oggettiva delle competenze della contrattazione collettiva.

Il ruolo di quest'ultima all'interno del sistema delle fonti, a seguito delle modifiche apportate all'art. 2, c. 2, del d.lgs. n. 29/1993, era senz'altro divenuto un ruolo da protagonista<sup>8</sup>: alla fonte pattizia è stata attribuita una capacità derogatoria di ampia portata (poiché non confinata ai trat-

<sup>6</sup> L'art. 13 d.lgs. n. 80/1998 sostituisce il testo dell'art. 19 d.lgs. n. 29/1993, introducendo al comma 2 la previsione secondo cui tutti gli incarichi di direzione degli uffici delle amministrazioni dello Stato «sono conferiti a tempo determinato, secondo le disposizioni del presente articolo [...]».

<sup>7</sup> L'art. 19, cc. 3 e 4, d.lgs. n. 29/1993, come modificato dall'art. 13 d.lgs. n. 80/1998, stabilisce che gli incarichi sono conferiti «con contratto a tempo determinato».

<sup>8</sup> A seguito della modifica disposta dall'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 80/1998, la norma recitava: «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». Per l'analisi delle modifiche nel tempo intervenute a disciplinare il rapporto tra legge e contrattazione collettiva v. da ultimo L. ZOPPOLI, *Il rapporto tra legge e contratto collettivo e il nuovo modello di relazioni sindacali «partecipate»*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 3, 2018, p. 408 ss.

tamenti economici, ai quali è specificamente riferito il comma 3 dell'art. 2 cit.) rispetto alla disciplina legale. Ulteriori modifiche di fine anni '90, confluite nel testo unico, sembravano peraltro estendere, rispetto al passato, l'ambito delle competenze della contrattazione collettiva (e dunque il perimetro entro il quale la nuova efficacia derogatoria avrebbe potuto trovare uno spazio operativo).

L'art. 40 del TUPI, nella sua prima formulazione, recepiva infatti la scelta del d.lgs. 4 novembre 1997, n. 396 (art. 1), il quale, modificando la definizione delle materie rimesse alla disciplina pattizia (art. 45, c. 1, d.lgs. n. 29/1993) aveva fatto venire meno l'espreso richiamo ai limiti fissati dall'art. 2, c. 1, lett. c), l. n. 421/1992<sup>9</sup>.

Con il d.lgs. n. 80/1998, peraltro, il rinvio alle sette materie – che la legge di delega del 1992 (al fine di escludere l'ingerenza dei contratti collettivi nella materia dell'organizzazione degli uffici) riservava alla disciplina per legge o per atti unilaterali dell'amministrazione – era stato espunto anche dal testo dell'art. 2 d.lgs. n. 29/1993<sup>10</sup>.

Cosicché, se il citato parere del Consiglio di Stato aveva evidenziato la necessità che, nella definizione delle materie sottratte alla contrattazione collettiva, il legislatore delegato specificasse i troppo vaghi limiti individuati dalla l. n. 421/1992, le riforme di fine anni '90 si erano mosse in senso opposto, rendendo il confine tra disciplina dei rapporti di lavoro e disciplina dell'organizzazione degli uffici ancora più vago e instabile. Al riguardo, le interpretazioni dottrinarie hanno condiviso, in linea di massima, una astratta cornice comune, ritenendo che l'omesso riferimen-

<sup>9</sup> Si trattava, com'è noto, delle seguenti materie: «1) le responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell'espletamento di procedure amministrative; 2) gli organi, gli uffici, i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; 3) i principi fondamentali di organizzazione degli uffici; 4) i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro; 5) i ruoli e le dotazioni organiche nonché la loro consistenza complessiva. Le dotazioni complessive di ciascuna qualifica sono definite previa informazione alle organizzazioni sindacali interessate maggiormente rappresentative sul piano nazionale; 6) la garanzia della libertà di insegnamento e l'autonomia professionale nello svolgimento dell'attività didattica, scientifica e di ricerca; 7) la disciplina della responsabilità e delle incompatibilità tra l'impiego pubblico ed altre attività e i casi di divieto di cumulo di impieghi e incarichi pubblici».

<sup>10</sup> Anteriormente alla modifica operata dall'art. 2 d.lgs. n. 80/1998, il rinvio alle sette materie era contenuto all'art. 2, c. 2-bis, del d.lgs. n. 29/1993 (come modificato dall'art. 2 del d.lgs. 23 dicembre 1993, n. 546). Sul «mistero delle sette materie» cfr. F. CARINCI, *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 5, 2000, p. 52.

to, da parte degli artt. 2 e 40 d.lgs. n. 165/2001, ai limiti di cui all'art. 2 l. n. 421/1992 non attenuasse il vincolo funzionale posto dall'art. 97 Cost. tra organizzazione di uffici e organi, da un lato, e interesse pubblico, dall'altro: vincolo che giustifica, a monte, la riserva di legge relativa e che impone, a valle, la necessità che la decisione organizzativa sia assunta unilateralmente, nel discrezionale orientamento dell'attività organizzativa agli interessi pubblici<sup>11</sup>.

Questa lettura – suffragata dalla giurisprudenza costituzionale<sup>12</sup> – era però, appunto, tanto pacifica quanto astratta: idonea a escludere la diretta partecipazione della fonte contrattuale collettiva all'adozione di scelte univocamente riconducibili all'ambito della c.d. macro-organizzazione, essa era d'altronde passibile di ben differenti declinazioni nell'applicazione concreta.

Tra i dubbi che restavano irrisolti, due meritano una menzione.

Il primo riguarda il reflusso della contrattualizzazione del pubblico impiego (e delle sue fonti di disciplina) sul rapporto tra politica e amministrazione in via indiretta.

La separazione tra indirizzo e gestione aveva ricevuto una inequivoca proiezione sulla stessa attività di organizzazione con il nuovo testo dell'art. 4 d.lgs. n. 29/1993<sup>13</sup> (rifuso nell'art. 5 del testo unico), il quale stabiliva che,

<sup>11</sup> Cfr., anche per un'ampia ricostruzione degli orientamenti dottrinari in materia, A. BELLA-VISTA, *Lavoro pubblico e contrattazione collettiva*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2, 2007, p. 334 ss.

<sup>12</sup> «L'organizzazione, nel suo nucleo essenziale, resta necessariamente affidata 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 viene attratto nell'orbita della disciplina civilistica per tutti quei profili che non sono connessi al momento esclusivamente pubblico dell'azione amministrativa» (Corte Cost. 16 ottobre 1997 n. 309, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 1998, II, p. 33 ss., con note di G. PERA, *La contrattazione collettiva a dominio confederale per il pubblico impiego*, p. 39 ss. e di A. VALLEBONA, *Alchimie del legislatore e occhiali del giurista nella riforma della contrattazione collettiva con le pubbliche amministrazioni*, p. 51 ss.; ma v. già Corte cost. n. 313/1996 cit. e, nella stessa prospettiva discrezionale, Corte costituzionale, 30 luglio 1993, n. 359). Sul tema, A. GARILLI, *La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2, 2007, p. 301 ss. Sulla giurisprudenza costituzionale in materia di pubblico impiego cfr. F. CARINCI, *Giurisprudenza costituzionale e c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Lav. nelle P.A.*, 3-4, 2006, p. 499 ss.; v. anche M. CICALA, *La privatizzazione della dirigenza pubblica nella giurisprudenza costituzionale*, in *Amministrazione in Cammino* ([www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it)), 2006.

<sup>13</sup> Come modificato dall'art. 4 del d.lgs. n. 80 del 1998.

sebbene nel rispetto della legge e degli atti di macro-organizzazione «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».

Si è dunque posto il dubbio se tale potere di micro-organizzazione, affidato ai dirigenti, fosse possibile oggetto di negoziazione con la controparte sindacale, in sede di contrattazione integrativa<sup>14</sup>, o se invece le citate prerogative dirigenziali fossero «*managerial rights* privatizzati assoggettabili a partecipazione ma non a contrattazione»<sup>15</sup>.

Il secondo dubbio, invece, riguardava direttamente il rapporto tra politica e amministrazione o, per meglio dire, la capacità della contrattazione collettiva di incidere sulla fisionomia di tale rapporto. Ferma restando l'estromissione della fonte pattizia dalle scelte di macro-organizzazione e pur ritenendo che a tale classe di attività di organizzazione fosse riferibile, almeno in parte, la materia dell'affidamento e della revoca degli incarichi dirigenziali, infatti, non v'era dubbio che quest'ultima materia costituisse, al contempo, il cuore della disciplina del «rapporto di lavoro»

<sup>14</sup> In questo senso sembrava deporre, peraltro, la sostituzione dell'originaria previsione dell'art. 10 del d.lgs. n. 29 del 1993 disposta dall'art. 6, c. 1, d.lgs. n. 80 del 1998, con il testo confluito nel testo unico, all'art. 9. La norma prevedeva che i contratti collettivi nazionali «disciplinano i rapporti sindacali e gli istituti della partecipazione anche con riferimento agli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro». Alla contrattazione collettiva, come agli altri istituti di partecipazione sindacale, sembrava così aprirsi un nuovo ambito di intervento, per definizione estraneo alla materia del «rapporto di lavoro» (poiché incidente su di esso di «riflesso»). Cfr. M. BARBIERI, *La contrattazione collettiva*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.Lgs. 29/1993 ai D.Lgs. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998*, Giuffrè, Milano, 2000, II, p. 1124 ss.; C. SPINELLI, *La contrattazione collettiva e il contratto collettivo nazionale*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Diritto del Lavoro. Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, V - I, Torino, Utet, 2004, p. 374 ss.

<sup>15</sup> Così F. CARINCI, *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 5, 2000, p. 77. Veniva in proposito rimarcato, innanzitutto, come il legislatore delegante (art. 11, c. 4, lett. b), l. n. 59 del 1997) avesse autorizzato il Governo a «prevedere procedure di consultazione delle organizzazioni sindacali firmatarie dei contratti collettivi dei relativi comparti prima dell'adozione degli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro»: si riteneva necessaria, da questa angolatura, l'interpretazione restrittiva della citata previsione di cui all'art. 9 del d.lgs. n. 165 del 2001 al fine di salvaguardarne la conformità all'art. 77 della Costituzione (cfr. A. GARILLI, *Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 101, 2004, p. 135). Poiché, infatti, la legge di delega aveva limitato il potere del Governo alla previsione di una forma tenue di partecipazione (la «consultazione»), l'art. 9 d.lgs. n. 165 del 2001 sarebbe stato costituzionalmente illegittimo se letto nel senso di consentirne, in ambito micro-organizzativo, manifestazioni più intense e volte alla conclusione di accordi.

dei dirigenti e che, conseguentemente, essa potesse essere ricondotta, sotto altro profilo, anche all'ambito di competenza definito dal primo comma dell'art. 40 d.lgs. n. 165/2001.

## ***2. La contrattazione collettiva nei primi dieci anni di vigenza del TUI: nuove certezze e perduranti ambiguità***

Come per l'epoca precedente, anche per quella successiva all'entrata in vigore del d.lgs. n. 165/2001, un'analisi della riforma del pubblico impiego può essere utilmente condotta dall'angolo visuale della contrattazione collettiva, il quale consente di individuare (con buona approssimazione) i profili di costanza e discontinuità riferibili alle tante modifiche del quadro normativo intervenute negli ultimi vent'anni, ma permette anche di analizzare tale evoluzione sotto la lente di entrambi gli aspetti-cardine della riforma avviata dal 1993: da un lato, la distinzione tra politica e amministrazione, dall'altro, la contrattualizzazione dei rapporti di lavoro (e in particolare di quello dei dirigenti).

Sotto il primo aspetto, è noto che il primo decennio di vigenza del testo unico vede in un precoce intervento riformatore l'occasione per l'apertura di un campo di confronto su vecchi problemi, grosso modo riconducibili al tema sintetizzato al punto (i) del precedente paragrafo.

Con la c.d. riforma Frattini<sup>16</sup>, infatti, viene innanzitutto introdotta la prima forma di *spoils system*: disponendo la decadenza automatica degli incarichi dei dirigenti generali, anteriormente alla naturale scadenza, entro un termine di sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge (c.d. *spoils system una tantum*), quest'ultima dà la stura a una serie di interventi, per la gran parte dei legislatori regionali, con i quali si stabilisce un analogo meccanismo di cessazione *ante tempus* di incarichi dirigenziali (non solo *una tantum*, ma anche "a regime"), svincolato dai presupposti della responsabilità dirigenziale.

La Corte costituzionale, nel dichiarare – dopo una iniziale esitazione<sup>17</sup> – l'illegittimità di una serie di siffatte norme, accerta la violazione degli artt. 97 e 98 Cost. non solo sotto il profilo (oggettivo) della continu-

<sup>16</sup> Legge 15 luglio 2002, n. 145.

<sup>17</sup> Corte cost. 16 giugno 2006, n. 233.

ità che il principio di buon andamento impone all'azione amministrativa, ma anche sotto il profilo (soggettivo) della continuità dell'investitura del dirigente incaricato; della stabilità, cioè, del rapporto di lavoro instaurato dall'incarico dirigenziale<sup>18</sup>.

È vero che, anche nelle ipotesi in cui i giudici rimettenti avevano dubitato della legittimità costituzionale dello *spoils system* con riferimento alla protezione costituzionale della stabilità dei contratti di lavoro, la Corte non ha fatto espresso riferimento, ai fini dell'accoglimento della questione, agli artt. 4, 33, 35 e 36 Cost.; come è vero che, anziché richiamare le garanzie del lavoratore subordinato, le pronunce mettono piuttosto in luce la tutela che all'amministrato deve essere offerta nell'ambito del giusto procedimento amministrativo.

Ma altrettanto vero è che, da un lato, la proiezione "soggettiva" del principio di continuità, espressamente riferita al rapporto di ufficio, viene argomentata sul rilievo che la cessazione del rapporto (di servizio) è disposta dalla legge in difetto di un «inadempimento» della «prestazione» oggetto dell'incarico<sup>19</sup>; come è vero che un espresso riferimento alla natura contrattuale dell'incarico avrebbe richiesto alla Corte costituzionale una presa di posizione su un'altra modifica apportata dalla legge Frattini, la cui interpretazione non era affatto univoca alla luce della Carta fondamentale ed esorbitava quindi, probabilmente, dal possibile oggetto di un giudizio di costituzionalità.

La legge n. 145/2002 (art. 3, c. 1, lett. *b*)), infatti, ha modificato l'art. 19 del testo unico, sostituendo all'originaria previsione secondo cui, per tutti gli incarichi dirigenziali, «l'oggetto, gli obiettivi da conseguire, la durata» sono «definiti contrattualmente», quella a mente della quale «l'oggetto dell'incarico e gli obiettivi da conseguire [...]» sono individuati con un «*provvedimento* di conferimento», rimettendo a un contratto individuale la sola definizione del «corrispondente trattamento economico».

Si è così posto il dubbio se la novella avesse inteso modificare il regime giuridico del rapporto di incarico, rendendolo pubblicistico al pari del suo atto costitutivo.

<sup>18</sup> Fra le prime pronunce v. Corte cost. 23 marzo 2007, n. 103 e n. 104 e 20 maggio 2008, n. 1613.

<sup>19</sup> Così in particolare Corte cost. n. 103/2007 cit.

È noto che al dibattito apertosi sul tema hanno posto fine le sezioni unite della Corte di cassazione che, affrontando una delle principali conseguenze nascenti dal menzionato dubbio (quelle in materia di riparto di giurisdizione) hanno escluso la possibilità di riconnettere alla locuzione «provvedimento» la natura amministrativa di quest'ultimo<sup>20</sup>.

Smentendo uno dei troppo sbrigativi argomenti posti a fondamento del parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato del 1992 – il quale attribuiva indiscriminata natura paritetica agli atti del datore di lavoro privato – la Suprema Corte ha rilevato come la «necessaria struttura unilaterale dell'atto di conferimento risulti perfettamente compatibile con la natura privatistica del potere»: i «provvedimenti» contemplati dal novellato art. 19, in altri termini, sono stati qualificati come atti di diritto privato aventi a oggetto la gestione del rapporto di lavoro dirigenziale (e non invece la sfera dell'organizzazione riservata ad atti amministrativi dall'art. 2, c. 2, d.lgs. n. 165 del 2001).

È interessante ricordare, peraltro, l'*argumentum a fortiori* che la Corte ha tratto dal comma 12-*bis* dell'art. 19 cit. (anch'esso introdotto dalla l. n. 145 del 2002): se tale norma escludeva la derogabilità delle disposizioni di cui al precedente comma 2 da parte della contrattazione collettiva, ciò significava che, in difetto di tale divieto, la disciplina legale del conferimento degli incarichi dirigenziali sarebbe stata passibile di deroghe da parte della fonte pattizia. Ai fini della nostra analisi, tale argomento rileva perché, giusta la natura negoziale del rapporto di incarico, la contrattazione collettiva avrebbe dovuto ritenersi abilitata a disciplinarlo, sebbene nel rispetto del limite costituito dal divieto di «deroga» alla disciplina di legge.

### ***3. Il secondo decennio di vigenza del TUPI: ragioni e caratteri dei nuovi limiti posti alla contrattazione collettiva***

È noto quanto, a fronte del contesto normativo e giurisprudenziale a cui si è sopra accennato, la contrattazione collettiva si sia caratterizzata per la tendenza a ingerire nella materia organizzativa anche al di là dei limiti che la legge poneva in modo inequivoco alle sue competenze.

<sup>20</sup> Cass. civ., sez. un., 9 febbraio 2009, n. 3054.

Limitando l'esame alle due questioni descritte, per sintesi, al punto (ii) del precedente § 1, deve innanzitutto rilevarsi come la partecipazione sindacale abbia trovato il modo di negoziare pressoché ogni aspetto dei «poteri del privato datore di lavoro» attribuiti agli organi dirigenziali dall'art. 5, c. 2, del TUPI: sia estendendo *de facto* la contrattazione integrativa a materie non riconducibili alla competenza di tale fonte, sia impiegando, al fine della conclusione di accordi (sostanzialmente assimilabili a contratti collettivi), forme più deboli di partecipazione sindacale<sup>21</sup>.

Gli effetti di siffatte prassi sull'equilibrio del rapporto tra politica e amministrazione sono, come s'è detto, indiretti (anche se per nulla secondari): la salvaguardia di ambiti di necessaria unilateralità nell'esercizio delle prerogative dirigenziali a carattere organizzativo, infatti, è strumentale a sottrarre queste ultime al confronto, su un piano paritario, con «controparti tendenzialmente portate a flirtare con il potere politico, in modo da imporre alla dirigenza accordi già raggiunti mediante circuiti informali [...] del tutto *extra ordinem*»<sup>22</sup>.

Quanto alla seconda questione, relativa alla soggezione della materia degli incarichi dirigenziali alla regolamentazione pattizia, la contrattazione collettiva nazionale delle aree dirigenziali si è contraddistinta per la tendenza a disciplinare – talvolta in via diretta, più spesso per mezzo di «clausole di salvaguardia» contenute nella parte economica dei contratti, ovvero mediante clausole relative alla responsabilità dirigenziale – non tanto il momento del conferimento o della revoca, quanto piuttosto l'istituto del rinnovo. Introducendo surrettizi meccanismi di continuità (quanto meno retributiva) tra la cessazione e l'affidamento di un nuovo incarico, i CCNL sono riusciti a vulnerare il divieto di applicazione dell'art. 2103 c.c. che proprio il d.lgs. n. 80/1998 aveva univocamente introdotto<sup>23</sup>. Questa premessa illustra per sintesi il senso della riforma (o contro-riforma) che vede la luce alla vigilia del secondo decennio di vigenza del testo unico.

<sup>21</sup> A. GARILLI, *Profili dell'organizzazione*, cit., p. 434 ss.

<sup>22</sup> A. BELLAVISTA, *Lavoro pubblico e contrattazione collettiva*, cit., p. 340.

<sup>23</sup> Sul tema M. RAGUSA, *Contrattazione collettiva e responsabilità dirigenziale*, in *Dir. econ.*, 3, 2019, p. 223 ss.

La c.d. riforma Brunetta<sup>24</sup> interviene sul d.lgs. n. 165/2001 con modifiche ad ampio spettro, molte delle quali animate da una profonda diffidenza nei confronti della contrattazione collettiva: basti dire che di quest'ultima viene portata al minimo storico la forza derogatoria rispetto alla disciplina legale, invertendo il percorso espansivo intrapreso sin dalla prima privatizzazione<sup>25</sup>.

Quello che qui più preme osservare è che una serie di cautele adottate dal legislatore del 2009 sono animate dal precipuo intento di inibire l'ingerenza della contrattazione nella materia organizzativa.

All'art. 5, c. 2, del testo unico viene introdotta una radicale limitazione (alla forma della sola informazione) della partecipazione sindacale alle decisioni organizzative rimesse alla dirigenza «in via esclusiva»<sup>26</sup>.

L'esclusione della contrattazione collettiva dal predetto ambito è ribadita dall'art. 40 riformato che, dopo una definizione delle competenze della fonte pattizia assai più ridotta che in passato<sup>27</sup>, contiene l'elencazione di una serie di materie del tutto precluse alla regolamentazione in via negoziale-collettiva: oltre a quella delle prerogative organizzative di competenza dirigenziale, l'esclusione riguarda espressamente la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, nonché le sette materie di cui all'art. 2, c. 1, lett. c) della legge n. 421 del 1992, la cui perdurante funzione-limite viene così chiarita una volta per tutte.

Alla riforma Brunetta, com'è noto, ha fatto seguito un lungo periodo di "congelamento" della contrattazione, di modo che il secondo decennio di vigenza del testo unico, anziché da contratti collettivi (nazionali e integrativi) conformi al nuovo paradigma legale, è stato per la gran parte contraddistinto dall'ultravigenza delle disposizioni dei contratti collettivi stipulati anteriormente<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> L. 4 marzo 2009, n. 15 e d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150.

<sup>25</sup> Ai sensi del riformato art. 2, c. 2, la capacità derogatoria è ammessa «solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge».

<sup>26</sup> Sulla dirigenza nella riforma del 2009 cfr. G. GARDINI, *L'autonomia della dirigenza nella (contro) riforma Brunetta*, in *Lav. nelle P.A.*, 3-4, 2010, p. 579 ss.

<sup>27</sup> «La contrattazione collettiva determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali [...]».

<sup>28</sup> Sull'immediata applicabilità dei limiti, introdotti nel 2009, alla contrattazione collettiva in materia organizzativa v. però Cass. civ., sez. lav., 24 giugno 2019, n. 16837.

Altrettanto noto è che lo “sblocco” della contrattazione collettiva è stato disposto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 178/2015<sup>29</sup>, alla quale ha fatto immediato seguito la legge di delega 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. riforma Madia), con la quale il Governo è stato incaricato di provvedere al riordino e alla semplificazione della disciplina del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e dei sistemi di valutazione introdotti dal d.lgs. n. 150/2009 (artt. 16 e 17), nonché alla modifica della normativa in materia di dirigenza pubblica (art. 11).

I primi CCNL successivi alla pronuncia della Corte costituzionale sono stati stipulati, tuttavia, soltanto all'indomani dell'esercizio delle deleghe di cui alla legge Madia<sup>30</sup> e, soprattutto, previa sottoscrizione tra Governo e Confederazioni sindacali dell'Accordo del 30 novembre 2016<sup>31</sup>: all'interno di questa (atipica) intesa, la parte pubblica si è impegnata, ai fini della ripresa delle (tipiche) relazioni sindacali, a provvedere al «riequilibrio del rapporto tra legge e contratto», a «rivedere gli ambiti di competenza, rispettivamente, della legge e della contrattazione, privilegiando la fonte contrattuale quale luogo naturale per la disciplina del rapporto di lavoro, dei diritti e delle garanzie dei lavoratori, nonché *degli aspetti organizzativi* a questi direttamente pertinenti».

Ai fini di questa breve analisi, la principale novità che contraddistingue il d.lgs. n. 75 del 2017 – in adempimento dell'accordo del novembre 2016 (e oltre i limiti della delega disposta dalla legge Madia<sup>32</sup>) – è rappresentata

<sup>29</sup> Corte cost. 23 luglio 2015, n. 178 (in *Giur. cost.*, 5, 2015, con nota di L. FIORILLO, *Contrattazione collettiva e lavoro pubblico: una nuova interpretazione sistematica della Corte costituzionale*, p. 1679 ss.), con la quale è stata dichiarata l'illegittimità «sopravvenuta», per contrasto con l'art. 39 Cost., delle disposizioni di fonte regolamentare e legale con le quali era stato disposto il «congelamento» della contrattazione collettiva a far data dal 2010.

<sup>30</sup> Il CCNL 2016-2018 del Comparto Funzioni Centrali è stato sottoscritto il 12 febbraio 2018, quello dell'Area dirigenziale Istruzione e Ricerca per il medesimo triennio in data 8 luglio 2019. Le deleghe di cui alla l. n. 124 del 2015 sono state esercitate con i dd.lgs. 25 maggio 2017 n. 74 (contenente modifiche al d.lgs. n. 150 del 2009) e n. 75 (relativo al riordino del lavoro pubblico mediante modifiche al d.lgs. n. 165 del 2001).

<sup>31</sup> Il testo è consultabile all'indirizzo [www.funzionepubblica.gov.it/articolo/ministro/02-12-2016/laccordo](http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/ministro/02-12-2016/laccordo).

<sup>32</sup> A. BELLAVISTA, *Gli infiniti tormenti del lavoro pubblico*, in AA.VV., *La quarta riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni (parte prima)*, numero monografico di *Lav. nelle P.A.*, num. un. 2017, p. 42; M. RICCI, F. DI NOIA, *Relazioni sindacali e contrattazione collettiva nel settore pubblico dopo la Riforma Madia e i rinnovi contrattuali*, *ibid.*, p. 6.

dal ripristino dell'efficacia derogatoria della fonte contrattuale rispetto alla legge (art. 1, c. 1, d.lgs. n. 75/2017).

Meno netta è, invece, l'inversione di tendenza con riferimento al riparto delle competenze tra fonte legale e fonte pattizia: limitando l'esame ai profili di possibile ingerenza della contrattazione sull'organizzazione analizzati *supra*, può osservarsi che resta limitata la negoziabilità dei poteri dirigenziali di cui all'art. 5 TUPI<sup>33</sup> e, soprattutto, che l'art. 40 mantiene, tra le materie escluse dalla possibile disciplina per CCNL, quella dell'affidamento e della revoca degli incarichi dirigenziali.

#### 4. *Brevi osservazioni conclusive*

Da una lettura dei CCNL dell'ultima tornata, si può rilevare come l'intento escludente della riforma Brunetta sia stato senz'altro ridimensionato dall'interpretazione offerta dalle parti sociali alla successiva riforma Madia, anche in relazione a profili che questa ha formalmente mantenuto invariati.

Quanto alla negoziabilità dei poteri dirigenziali di cui all'art. 5 del TUPI, è interessante osservare che i contratti collettivi nazionali di comparto prevedono competenze del livello integrativo su diversi aspetti della materia micro-organizzativa; altri aspetti sono invece rimessi alla neo-introdotta forma partecipativa del «confronto» che, a dispetto delle previsioni della dottrina (che ne aveva messo in luce i profili di strutturale distinzione rispetto alla vecchia concertazione), è stata già impiegata, a livello decentrato, anche come strumento per la conclusione di accordi<sup>34</sup>. Più interessante è l'esame degli ultimi CCNL delle aree dirigenziali.

Questi contengono, come in passato, clausole dirette a disciplinare aspetti della materia «incarichi dirigenziali»; come in passato, al di là della previsione generica (e di difficile attuazione) secondo cui «tutti i dirigenti

<sup>33</sup> Sulla portata del limite v. L. ZOPPOLI, *Il rapporto tra legge e contratto*, cit., p. 414 ss.

<sup>34</sup> Sulle nuove forme partecipative M. RICCI, F. DI NOIA, *Relazioni sindacali*, cit., p. 22 ss.; evidenzia le differenze tra concertazione e confronto A. BELLAVISTA, *I rinnovi contrattuali*, in A. GARILLI, A. RICCOBONO, C. DE MARCO, A. BELLAVISTA, M. MARINELLI, M. NICOLOSI, A. GABRIELE, *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la "riforma Madia"*, Milano, Wolters Kluwer, 2018, 162; per un esempio di verbali di accordo sottoscritti all'esito di procedure di confronto cfr. la sezione «Contrattazione integrativa» della Città metropolitana di Milano del 2020, consultabile nella sezione «Amministrazione trasparente» del sito istituzionale.

hanno diritto a un incarico», una delle principali attenzioni dei CCNL è offrire garanzie di continuità retributiva in ipotesi di mancato rinnovo di un incarico cessato.

Non sembra, a dire il vero, che possa ragionevolmente ritenersi precluso alla contrattazione collettiva, in astratto, qualsivoglia intervento in materia organizzativa.

Con riferimento alla sfera “micro”, ove i CCIL e altre forme di partecipazione predispongano criteri generali da rispettare nell’adozione delle scelte gestionali del dirigente (anziché sostituirsi a queste ultime) esse possono offrire un parametro per sindacare l’esercizio dei poteri descritti dall’art. 5, c. 2, TUIPI, riducendo il rischio della loro “cattura” (da parte politica o sindacale).

Quanto al rapporto di incarico, escludere da tale ambito la fonte pattizia equivarrebbe a negarle *tout court* la competenza a disciplinare «il rapporto di lavoro» (art. 40, c. 1, TUIPI), poiché è l’incarico, non il rapporto-base a cui esso accede, a descrivere il sinallagma del contratto di lavoro del dirigente. E, anche con riferimento all’incarico, la fonte collettiva potrebbe costituire una garanzia aggiuntiva di trasparenza e imparzialità rispetto alla disciplina dell’art. 19 TUEL.

Ma è realistico, in concreto, attendersi simili effetti virtuosi dalla contrattazione collettiva (come ritenuto da Governo e sindacati, da ultimo, all’interno dell’Accordo del novembre 2016)?

Analizzando la vigente disciplina contrattuale-collettiva degli incarichi, non può non stupire come essa risulti “appiattita” sul dato di legge quanto a modalità e criteri da rispettare in sede di conferimento: momento in cui emergono e si sovrappongono la dialettica (propria del rapporto di servizio) tra il datore di lavoro e il dirigente-lavoratore e quella (riferibile al rapporto di ufficio) tra politica e amministrazione.

Spicca, in particolare, l’assenza di una previsione di obblighi di trasparenza nella definizione *ex ante* degli obiettivi che di ogni incarico formeranno oggetto: obiettivi che per l’art. 19, c. 1, TUIPI costituiscono un criterio di scelta tra gli aspiranti, ma dei quali il successivo comma 1-bis non impone espressamente la indicazione negli avvisi con cui prendono avvio le procedure di conferimento. Nella prassi, in tali avvisi, la descrizione degli obiettivi si riduce spesso alla mera elencazione delle competenze della struttura oggetto di affidamento.

L'obbligo di predeterminare – e di specificare *ex ante* la pesatura di – tali obiettivi, peraltro, consentirebbe alla contrattazione collettiva di disciplinare in modo appagante rilevanti aspetti della fase di esecuzione del rapporto di incarico, univocamente rientranti tra le sue competenze regolatorie: primo fra tutti l'istituto del licenziamento per responsabilità dirigenziale (art. 21, c. 1, TUPD). Istituto in relazione al quale la contrattazione collettiva ha invece tradizionalmente preferito non integrare il vago dato di legge, dal quale il Giudice ordinario ha tratto (sulla scorta di un percorso argomentativo non proprio convincente) la più rigorosa delle interpretazioni nei confronti del dirigente pubblico<sup>35</sup>.

Chi si interroghi sulle ragioni di tali silenzi dei CCNL potrebbe forse constatare che, nel settore pubblico, la contrattazione collettiva è chiamata a esercitare una funzione “distributiva” che le è tendenzialmente estranea nel settore privato e a cui è dunque poco adusa: se si fa eccezione per la regolamentazione dei criteri da rispettare in materia di trasferimento o a pochi altri istituti, è raro che un CCNL del settore privato, il cui scopo è risolvere il conflitto tra datori di lavoro e lavoratori, assuma anche la funzione (o l'effetto) di regolare i conflitti potenziali tra lavoratori, ciò che invece i contratti collettivi del lavoro pubblico dovrebbero fare introducendo regole di carattere formale per vincolare la scelta della p.a. in occasione di ogni procedura di conferimento di incarico (o, a livello micro-organizzativo, per la ripartizione della retribuzione accessoria tra il personale del comparto).

Non è peregrino, d'altronde, il dubbio che la contrattazione collettiva difetti non solo (e non tanto) dell'esperienza, ma anche dell'interesse a definire regole impiegabili nell'adozione di puntuali decisioni di competenza del politico o del dirigente: come la politica, anche il sindacato vedrebbe forse in una dettagliata predeterminazione di criteri, forme e procedure una scomoda limitazione alla propria azione di pressione in occasione dell'adozione di scelte puntuali dell'amministrazione.

Ben venga, allora, l'apporto della fonte pattizia al miglioramento e all'innovazione dell'organizzazione amministrativa: a condizione, però, che il legislatore mantenga il ruolo di protagonista nella soluzione dei problemi

<sup>35</sup> Da ultimo, cfr. Cass. civ., sez. lav., 10 gennaio 2018, n. 11161. In argomento M. RAGUSA, *Contrattazione collettiva e responsabilità dirigenziale*, cit., p. 216 ss.

degli apparati pubblici, senza possibilità di scaricare le responsabilità (politica) di una disciplina inefficiente sulle colpe del sindacato. Come condivisibilmente affermato dalla Corte di cassazione<sup>36</sup>, infatti, le rappresentanze dei lavoratori non sono affatto portatrici di funzioni dirette al perseguimento degli interessi pubblici: ignorare tale insegnamento porterebbe a deresponsabilizzare la politica, nascondendo (e aggravando) i problemi dell'organizzazione amministrativa.

<sup>36</sup> Cass. civ., sez. un., 14 luglio 2015, n. 14689. In argomento v. A. BELLAVISTA, *La Cassazione nega la responsabilità dei rappresentanti sindacali per il cosiddetto danno da contrattazione collettiva*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 4, 2015, p. 629 ss.