

Buon andamento della pubblica amministrazione e diritti e doveri dei lavoratori

Di Lorenzo Zoppoli

Sommario: 1. Attualità e significati del buon andamento della pa (art. 97 Cost.): oltre la distinzione tra legalità (*constraint*) e risultati (*goals*). - 2. Il buon andamento tra legalità e contrattualità. - 3. Possibili simmetrie e dinamiche delle tecniche regolative: legalità-doveri/contrattualità- diritti; legalità principi/contrattualità regole; legalità-garanzia di diritti costituzionali (dei cittadini e dei lavoratori)/contrattualità-regolazione del punto di equilibrio tra interessi organizzativi e diritti dei lavoratori. - 4. Il buon andamento nella (perdurante) stagione della contrattualizzazione. – 5. Segue: a) la faticosa teorizzazione del contratto individuale di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Le tendenze neo-pubblicistiche. – 6. Segue: b) le tesi privatistiche (non univoche).- 7. Segue: b) il ruolo della contrattazione collettiva tra vincoli di bilancio e vuoti manageriali. Nuovi approdi costituzionali. - 8. Istituti paradigmatici: doveri del lavoratore pubblico e sanzioni disciplinari (onestà e proporzionalità).- 9. Segue: doveri di comportamento, *performance* e premialità (la permeabilità del contratto ai risultati organizzativi). - 10. Considerazioni conclusive.

1. Colgo l’invito a tornare a riflettere su diritti e doveri dei lavoratori pubblici in amministrazioni costituzionalmente indirizzate al buon andamento ponendo in massimo risalto il riferimento contenuto nel titolo della prima sessione pomeridiana alle “risorse umane” nelle pubbliche amministrazioni.

Su questa terminologia – di origine “aziendalistica” o, forse meglio dire, “organizzativistica”, e comunque non giuridica¹ – si potrebbero muovere varie obiezioni dall’angolo di osservazione del giurista. Osservazioni che potrebbero prendere curvature diverse a seconda che il medesimo giurista andasse a pescare nel bagaglio dello studioso del diritto pubblico/costituzionale o privato/giuslavoristico, magari rivisitando per l’occasione quel bagaglio e rendendolo il più possibile largo, misto e multicolore. Forse però ne verrebbe fuori un discorso tanto ricco di riferimenti e suggestivo quanto digressivo rispetto al quesito di fondo che mi pare faccia capolino dal titolo che gli organizzatori hanno proposto per questa mia relazione. Il quesito attiene – come sovente capita – ad una relazione/connessione che si assume come problematica: nello specifico al nesso tra buon andamento della pubblica amministrazione e l’insieme dei diritti/doveri dei dipendenti delle

¹ Anche se da oltre trent’ anni esiste una bella rivista, crocevia di riflessioni interdisciplinari con molti contributi di taglio giuridico, intitolata : *Risorse umane nella pubblica amministrazione*, e diretta da Renato Ruffini.

medesime amministrazioni, intendendo per tali quelli che costituiscono le “risorse umane” di cui le amministrazioni si avvalgono per perseguire appunto il buon andamento.

Esplicitando la questione che si adombra dietro il titolo problematico, si potrebbe dire: quale “dosaggio” di diritti/doveri dei lavoratori è più idoneo ad assicurare il buon andamento delle pubbliche amministrazioni?

Le parole sono però veri e propri mondi vitali, colmi di echi e di rimandi. Nel nostro caso il “dosaggio” – venuto fuori da un pensiero personale alla ricerca della migliore porta d’accesso al tema – credo richiami a tutti una nota sentenza della Corte Costituzionale (309/1997²), una sentenza ai primordi della fase legislativa che ha profondamente rivisitato i nessi tra buon andamento e diritti/doveri dei lavoratori guardando proprio allo statuto giuridico dei secondi e consentendo al legislatore una loro collocazione in un contesto “codicistico/privatistico” purché accompagnato da un accorto “dosaggio di fonti”.

Così la Corte, aprendo e non chiudendo ai molti possibili nessi, rimette in primo piano il legislatore, cui tocca, nel rispetto della Costituzione, “dosare le fonti” in modo da contemperare buon andamento³ e diritti/doveri dei lavoratori, senza preclusioni rispetto a strumenti giuridici e tecniche normative, che possono attingere al pubblico come al privato purché si muovano nell’ambito di principi e valori costituzionali che, evidentemente, fungano da indirizzi e limiti del suddetto dosaggio.

In tal modo, se si apre il ventaglio dei mezzi regolativi, risalta ancor più come limite invalicabile il fine costituzionale dell’agire amministrativo: di cui il buon andamento è uno dei due poli normativizzati nell’art. 97 (l’altro, com’è noto, è l’imparzialità). Questa norma costituzionale resta immutata per lungo tempo e non viene toccata neanche dal legislatore

² Ma v. anche la 313/1996.

³ Da intendersi qui come insieme di doveri istituzionali degli apparati amministrativi e non come diritto del cittadino alla buona amministrazione che si collega piuttosto al principio di imparzialità ed è previsto anche da fonti sovranazionali come la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Su questo secondo aspetto v. S. Cassese, *Il diritto alla buona amministrazione*, in *European Review of Public Law*, 2009, n. 3, p. 1037 ss.; P. Piva, *sub art. 41*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Giuffrè, 2017, p. 753 ss.

degli anni '90 cui faceva riferimento la sentenza della Corte prima citata. Invece subisce negli ultimi 20 anni ripetute rivisitazioni, ad opera di dottrina e legislazione soprattutto, fino al punto di una ridefinizione della nozione giuridica di buon andamento, ad opera tanto del legislatore costituzionale quanto del legislatore ordinario.

Il primo introduce nell'art. 97 il vincolo dell'equilibrio di bilancio che precede il buon andamento e però pure indiscutibilmente su di esso incide.

Il secondo, intervenendo prima su testi che si presentavano più generici, instaura raccordi giuridicamente apprezzabili e variamente declinabili tra "migliore utilizzazione delle risorse umane" e varie possibili accezioni del buon andamento. Lo si legge ancora abbastanza bene nell'ultima versione degli artt. 1 e 2 del d.lgs. 165/01, frutto di vari rimaneggiamenti di cui l'ultimo risale al 2010.

Può dunque dirsi che oggi il buon andamento, pensato soprattutto in relazione ai doveri/diritti dei lavoratori/"risorse umane" come desumibile dall'art. 97 Cost e dall'art. 1 del d.lgs. 165/01), è:

- a) equilibrio dei bilanci e sostenibilità del debito pubblico (art. 97 Cost., modificato nel 2012, da applicare a partire dall'esercizio finanziario 2014);
- b) accrescimento dell'efficienza delle amministrazioni in relazione a quelle dei corrispondenti uffici e servizi dei Paesi dell'Unione europea, anche mediante il coordinato sviluppo di sistemi informativi pubblici;
- c) razionalizzazione del costo del lavoro pubblico, contenendo la spesa complessiva per il personale, diretta e indiretta, entro i vincoli di finanza pubblica;
- d) migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni assicurando la formazione e lo sviluppo professionali dei dipendenti, applicando condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato, garantendo pari opportunità alle lavoratrici e ai lavoratori nonché l'assenza di qualunque forma di discriminazione e di violenza morale o psichica (lettera parzialmente modificata nel 2010, da art. 21 della l. 183 del 4 novembre) e il benessere organizzativo (art. 6 d.lgs. 165/01).

Sembra così restare sullo sfondo un elemento che invece assume primaria importanza nelle più moderne ricostruzioni dottrinali degli assetti ordinamentali degli apparati pubblici, cioè l'efficacia dell'azione amministrativa – in genere coniugata con l'efficienza, ma da essa distinta – che attiene al buon andamento in termini di soddisfacimento degli interessi/diritti ai quali è finalizzata l'azione amministrativa⁴. L'efficacia come l'"efficienza" (e l'"economicità") può essere considerata come rientrante tra i "risultati" cui è tenuta l'amministrazione. Tutti questi parametri possono caratterizzare un'amministrazione pubblica che evolve verso una maggiore rilevanza del "risultato" (*goal*) in confronto con l'attenzione primaria a profili di regolarità formale o rispetto della legge (legalità). Tuttavia efficienza/economicità/efficacia non sono parametri da collocare lungo un ordine lineare. Anche tra loro esistono o possono esistere gerarchie o differenti collocazioni/configurazioni giuridiche.

Il d.lgs. 165/01 li richiama tutti e tre, ma non come principi generali che specificano il buon andamento, bensì come articolazioni di specifici obiettivi attraverso cui si realizza la funzionalità dell'azione amministrativa rispetto a compiti/programmi di attività (art. 2 c. 1 lett. a). Cioché mentre efficienza e razionalizzazione del costo del personale sono anche principi generali (art. 1 del d.lgs. 165/01), l'efficacia è "solo" un criterio cui informare gli atti volti a rendere concreta e dinamica la funzionalità amministrativa.

Nell'ambito di questo quadro normativo - che in parte rimescola anche le valenze costituzionali del buon andamento - va considerato che, ancora in concreto (ma questa volta intendendo con ciò il diritto vivente di matrice giurisprudenziale), sempre più nel

⁴ Li ricorda di recente, anche con i necessari riferimenti dottrinali, G. Ricci, *L'impatto della "riforma Madia" (e delle più recenti misure del governo "gialloverde") sulla dimensione macro-organizzativa: programmazione dei fabbisogni, concorsi, stabilizzazioni*, in Caruso (a cura di), *Il lavoro pubblico a vent'anni dalla scomparsa di Massimo D'Antona*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".Collective Volumes- 8/2019 , p. 262 (anche DLM, 2019, quad. n.7, in corso di pubblicazione), che giustamente segnala come l'orientamento al risultato sia oggi assai valorizzato anche dal Consiglio di Stato, in particolare con il parere sull'attuazione della L.124/15 (v. adunanza della Commissione speciale, 21.4.2017, n. 916).

richiamo al buon andamento assume una valenza preminente l'equilibrio economico-finanziario della PA rispetto ad altri diritti, anche dei lavoratori⁵.

Questo può far pensare ad un qualche ritorno a equilibri ordinamentali del passato, un passato nel quale ogni dovere/diritto del lavoratore – o almeno ogni diritto correlato a un costo – veniva degradato ad una configurazione giuridica che lo subordinava alla “compatibilità” con l'interesse pubblico, anzitutto di natura economico-finanziaria⁶.

Non è un pensiero del tutto fuori strada, considerato il quadro costituzionale e legislativo maturato nell'ultimo decennio, del quale la riflessione teorica non può non tener conto. Però si sbaglierebbe del tutto se si trascurasse che le nuove configurazioni del “buon andamento” – nella pur ampia gamma di “risultati” cui l'amministrazione è tenuta – non sono esclusivo appannaggio della fonte legislativa o, comunque, della determinazione a mezzo di fonti unilaterali.

Ed è probabilmente questo il dato giuridico di maggior rilievo sistematico che, almeno finora, non mi pare oggetto di revisioni, pur abbisognando di affinamenti nella riflessione teorica e nella metabolizzazione giurisprudenziale. Affinamenti che debbono partire dalla consapevolezza che *constraint – id est* vincoli – all'azione amministrativa non vengono solo dal principio di legalità, ma possono, e debbono talora, essere un portato dei risultati di efficienza ed economicità cui le amministrazioni sono tenute, pur dovendo in quell'ambito vincolato massimizzare l'efficacia dell'azione amministrativa.

⁵ Da ultimo Cass., ordinanza dell' 11.3.2019 n. 6919, in Bollettino ADAPT, 13 maggio 2019, n. 18.

⁶ Da ultimo lo ricorda bene Barbieri, *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le pubbliche amministrazioni: un percorso storico-critico*, Cacucci, 2018, con riguardo alle prime letture dell'art. 36 Cost. come norma programmatica anche ben oltre gli anni '50.

2. Già si è detto che gli obiettivi di efficienza e razionalizzazione del costo e dell'utilità delle risorse umane devono anche essere perseguiti "applicando condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato" (art. 1 c. 1 lett c d.lgs. 165/01).

Siamo nell'ambito di un principio che, non da ora, informa l'intera disciplina dei rapporti di lavoro pubblico. Un principio molto problematico, ma che con tutta evidenza per primo si riflette su diritti e doveri dei lavoratori pubblici.

Senonché l'espressione "condizioni uniformi" rinvia non tanto alle situazioni giuridiche per loro stesse considerate, quanto a contenuti ed oggetti cui fanno riferimento le situazioni giuridiche attive o passive dei lavoratori. Quindi possiamo piuttosto pacificamente assumere che il principio ora richiamato intanto può realizzarsi in quanto il sistema di disciplina dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni sia strutturato in modo da poter perseguire una qualche uniformità di condizioni tra "lavoro pubblico" e "lavoro privato".

Tralasciando in questa sede la ristretta schiera di rapporti esclusi dal sistema regolativo previsto dal d.lgs. 165/01 (art. 3), si può senz'altro ricostruire come diretta filiazione del principio di cui all'art. 1 c. 1 lett. c) proprio il sistema delle fonti previsto dall'art. 2 del d.lgs. 165/01 per la generalità dei dipendenti pubblici. In esso si realizza quel "dosaggio delle fonti" già ricordato.

Al centro di tale sistema è posta, com'è noto, la contrattualizzazione dei rapporti di lavoro, sia sotto il versante collettivo sia sotto quello individuale. Intendendo per contrattualizzazione proprio il superamento di un sistema di regolazione affidato a fonti generate unilateralmente dal potere pubblico e rimesso invece a tecniche di normazione consensuale, cioè contrattuali. Tecniche che mai sono state configurate come mero rinvio agli schemi negoziali utilizzati nel lavoro dei privati, ma che indubbiamente assumono questi ultimi come "istituti giuridici" adattabili dal legislatore – sebbene non da qualsiasi

disposizione di legge⁷ - alle peculiarità del contesto istituzionale in cui devono svolgere la loro funzione regolativa.

Proprio la “centralità” riconosciuta dal legislatore alle tecniche negoziali non può spiegarsi solo con l’indirizzo volto ad applicare “condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato”. Infatti le tecniche negoziali – in quanto strutturalmente più duttili e inclusive rispetto a quelle unilaterali, specie se queste ultime sono “esterne” alle specifiche realtà organizzative (una delle possibili accezioni della qualificazione di “eteronome”) – possono realizzare “la migliore utilizzazione delle risorse umane” e, quindi, un altro dei principi generali riguardanti la disciplina del lavoro pubblico.

Il buon andamento delle pubbliche amministrazioni va dunque oggi realizzato, nelle sue varie accezioni, coniugando principi di legge (costituzionale e ordinaria) e fonti contrattuali. Ne consegue che anche i diritti/doveri dei lavoratori pubblici – pur tendenzialmente uniformi nei contenuti rispetto a quelli privati - possono assumere una peculiare configurazione a seconda di come il legislatore “dosi” legge e contratto.

3. Venendo a questo ulteriore aspetto, ci si imbatte sovente in altri limiti di rango costituzionale, che andrebbero proprio ad incidere sul confine tra legge e contratto riguardo alle materie “negoziabili”, cioè a quelle materie in cui, in tutto o in parte, potrebbe essere il contratto – individuale o collettivo - a fissare il grado di uniformità delle condizioni di lavoro con il privato.

Si va da limiti ben espliciti in norme costituzionali, come l’art. 97 che fissa il principio del concorso pubblico e che alcune autorevolissime interpretazioni ritengono riferibile anche a vicende diverse, come le dinamiche delle carriere o le sanzioni per il ricorso abusivo ai

⁷ Caratterizzate oggi da un’intrinseca debolezza sono le “discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche”: v. art. 2 c. 2 del d.lgs. 165/01, nelle sue varie versioni susseguites nel 1993, 1998, 2009, 2017.

contratti a termine o flessibili in genere⁸. Fino a chi ritiene che il principio lavoristico impedirebbe in generale di sovraordinare le esigenze della spesa pubblica alla tutela dei diritti dei lavoratori⁹.

Salvo i casi in cui si ritrovano precisi limiti in norme della Costituzione (come appunto per il concorso pubblico o le coperture di bilancio) o del d.lgs. 165/01¹⁰, il bilanciamento tra legge e contratto appare ormai rimesso in larga misura al legislatore, nel rispetto dei nuovi principi posti proprio a partire dalla scelta di superamento della disciplina unilaterale. Poi il confine può essere dinamico e diacronico, purché non contravvenga senza alcuna solida giustificazione all'indirizzo secondo cui le condizioni sostanziali in cui si concretizzano prevalenze o equiparazioni di doveri e diritti dei lavoratori pubblici siano uniformi con quelli dei lavoratori privati.

Ne deriva che poco convincenti appaiono quelle ricostruzioni di tipo aprioristico secondo cui il campo dei doveri sarebbe presidiato da un rigido principio di legalità, mentre la fonte contrattuale entrerebbe in gioco qualora si tratti di determinare diritti, segnatamente di tipo economico-retributivo¹¹. Oppure che il principio di legalità riguarderebbe esclusivamente i principi, mentre le regole di dettaglio sarebbero il regno delle fonti contrattuali.

Se proprio può servire una teorica di tipo generale, direi che, analogamente al privato, la regolazione legale dovrebbe presidiare i diritti costituzionali dei cittadini e dei lavoratori che trascendono le peculiarità organizzative in cui viene svolta la prestazione, mentre alle fonti

⁸ Riepilogano da ultimi il dibattito su queste materie 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*, e Alaimo, *Dalla "riforma Madia" al "decreto dignità". Le (poche) novità e le (molte) aporie della disciplina del lavoro a tempo determinato e delle collaborazioni autonome nel settore pubblico*, in Caruso (a cura di), cit., risp. p. 9 ss. e 109 ss.

⁹ V. Barbieri, op. cit., p. 38.

¹⁰ Di cui v., oltre all'art. 2 citato, v. gli artt. 40, 45, 51-57, 63 e i rinvii in esse contenuti. In materia v., da ultimi, G. Natullo, *Tra legge e contratto: l' "equilibrio instabile" del sistema delle fonti del lavoro pubblico*, e Delfino, *I nuovi "spazi negoziali"*, in Esposito M., Luciani V., Zoppoli A., Zoppoli L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, risp. p. 15 ss. e 29 ss.; Zoppoli L., *Il rapporto tra legge e contratto collettivo e il nuovo modello di relazioni sindacali*, in RGL, 2018, I.

¹¹ Da ultimo v. Carloni E., *I codici di comportamento "oltre" la responsabilità dirigenziale*, in LPA, 2017, 158 ss.

contrattuali va tendenzialmente affidata la regolazione del punto di equilibrio tra interessi organizzativi e diritti dei lavoratori.

Com'è evidente, si tratta di una linea di demarcazione assai generica, che, anche se volesse assumere come discriminare la tutela della persona in assoluto, dovrebbe poi essere calata nei diversi contesti organizzativi, così come in tantissime occasioni ci ha mostrato anche l'evoluzione del diritto del lavoro privato in cui proprio la persona del lavoratore è suscettibile di diversi livelli di tutela ad opera di una pluralità di fonti regolative¹². Sotto questo profilo anche nel lavoro pubblico andrebbero sottratti ad ogni condizionamento di bilancio o negoziale o micro-organizzativo i diritti fondamentali e segnatamente "il nucleo essenziale" di ciascun diritto fondamentale. Tale nucleo, così come non può essere sottordinato al perseguimento del profitto nell'impresa privata, non può in alcun modo essere condizionato ad esigenze di spesa pubblica da parte delle amministrazioni. E andrebbe garantito in modo universalistico, senza distinzioni territoriali¹³. Il problema sta sovente nel definire dove si colloca il "nucleo essenziale" del diritto fondamentale, intangibile e tale da meritare una copertura costituzionale ed economica imprescindibile.

Né si può del tutto escludere che, essendovi per il dipendente pubblico un obbligo costituzionale di prestare la propria attività a servizio della Nazione, possa individuarsi anche sul piano dei doveri un "nucleo essenziale" imprescindibile, definibile da fonti unilaterali e sottratto ad ogni negoziazione o differenziazione micro-organizzativa (nucleo che, del resto, esiste anche per il lavoro privato, in virtù delle prevalenti interpretazioni giurisprudenziali che fanno leva sulla natura fiduciaria, pur variamente interpretabile, del contratto di lavoro).

Fuori dal discorso che prende le mosse dal buon andamento, resta comunque il tema delle peculiari regole volte a garantire l'imparzialità dell'agire amministrativo anche nei confronti dei propri dipendenti. Lì può trovare fondamento, oltre che una particolare valenza dei

¹² V., in un caso tanto recente quanto emblematico, Trib. Catania 18.4.2019 n. 15456, in Bollettino ADAPT del 27.5.2019, n. 20.

¹³ Qui si pone il problema, di recente acuitosi, degli spazi regolativi da lasciare al sistema regionale: ma non è ora il caso di aprire uno spaccato dalle enormi dimensioni. Di recente v. Alaimo, *Le fonti rivisitate e le autonomie territoriali*, in Esposito M., Luciani V., Zoppoli A., Zoppoli L., op. cit., p. 61 ss.; e L. Zoppoli, op.cit.. V. anche Zilli, *Autonomia e modelli negoziali per il lavoro pubblico locale*, Giappichelli, 2017.

principi di discriminazione e di pari opportunità (evidenziati già dal citato art. 1 del d.lgs. 165/01), anche qualche ulteriore particolare regola che incide su diritti/doveri dei dipendenti pubblici, come quella della parità di trattamento contrattuale cui sono tenute le amministrazioni in virtù dell'art. 45 c. 2 del d.lgs. 165/01, che però, beninteso, si applica all'interno del lavoro pubblico¹⁴.

4. Da quanto finora detto è agevole desumere che il tema in discussione va tuttora affrontato, senza alcun tentennamento, nell'ambito della cd. stagione della contrattualizzazione del lavoro pubblico, poco avendo fondamento quelle proposte di rilettura del quadro normativo in materia che, rilevando una crescita quantitativa della fonte legale, ritengono in atto un'integrale ri-pubblicizzazione del lavoro con le pubbliche amministrazioni tale da ricondurre tutto nell'originario alveo della disciplina unilaterale. Rilegificazione non equivale infatti né a una rifondazione a contrattuale del lavoro pubblico né al ritorno a fonti e atti di gestione di natura puramente unilaterale, così come nel privato le tante trasformazioni del rapporto tra legge/contratto collettivo/contratto individuale non hanno inciso sul fondamento contrattualistico del nostro ordinamento giuslavoristico¹⁵.

Ciò non toglie però che il gran lavoro intorno al sistema delle fonti che ha caratterizzato il diritto del lavoro privato e pubblico degli ultimi vent'anni abbia portato molto a interrogarsi sulla morfologia della contrattualizzazione del lavoro, pubblico e privato, individuale e collettivo.

¹⁴ Da ultimo Zoppoli L., *Le fonti del lavoro pubblico: dinamiche recenti e prospettive*, in Santoro-Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet, 2017, p. 2690 ss.

¹⁵ Da ultimi, con riferimento all'area più rilegificata come il potere disciplinare e i connessi controlli (su cui si accinge a tornare il legislatore con il c.d. ddl "concretezza"), v. Bavaro, *Note sul potere disciplinare nel lavoro pubblico tra aziendalismo e amministrativismo*, in RGL, 2018, 507 ss.; Militello, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare e sanzioni. L'homo novus nel pubblico impiego?*, in Caruso (a cura di), *Il lavoro pubblico a vent'anni dalla scomparsa di Massimo D'Antona*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". Collective Volumes- 8/2019, p. 195 ss. (anche DLM, 2019, quad. n. 7). In generale v. anche le sintetiche ma efficaci pagine di M. Barbieri, *I principi costituzionali e l'evoluzione della disciplina*, in Curzio, Di Paola, Romei (a cura di), *Lavoro pubblico*, Giuffrè, 2018, vol. 4, p. 30-32.

Molto dunque si è tornato di recente a discutere di alcuni aspetti della stagione della contrattualizzazione che sembravano scontati o, tutto sommato, puramente teorici. Ad assumere crescente rilevanza è stata proprio la riflessione intorno al contratto individuale di lavoro così come emerge dalle più recenti evoluzioni della materia.

5. Al riguardo si possono utilmente individuare almeno cinque orientamenti ricostruttivi. Potrebbero essere di più o di meno, ma i cinque sui quali mi soffermerò brevemente offrono un panorama esauriente dei dilemmi teorici e delle conseguenze ermeneutico-costruttive - talora intuibili talaltra meno autoevidenti - di un nodo cruciale per la chiarezza dello scenario dogmatico in cui va oggi inserita la problematica riguardante il nesso qui indagato (buon andamento/diritti-doveri dei lavoratori pubblici). I primi tre orientamenti sono quelli più permeabili alle tendenze per così dire neo-pubblicistiche alle quali ha dato fiato il legislatore ipertrofico degli ultimi dieci anni.

Il primo orientamento è quello che possiamo definire degli **scettici**, intendendo per talicoloro che hanno sempre ritenuto di scarso rilievo la funzione concretamente disciplinatrice del contratto individuale di lavoro e ne rilevano a maggior ragione la ridotta rilevanza per il lavoro pubblico da sempre e ancor oggi regolato da fonti eteronome. Da questo approccio consegue con tutta evidenza la scarsa attenzione, di recente stigmatizzata, "al tema fondamentale del rapporto tra legge e contratto individuale"¹⁶. Un atteggiamento scettico o riduttivo è però sicuramente sbagliato, a prescindere dalla possibili concezioni e variazioni della categoria del contratto individuale di lavoro (v. *infra*), non foss'altro per il fatto che "lo schema contrattuale significa una cornice concettuale e valoriale dentro la quale i diversi punti di vista possono comunque essere contemperati e bilanciati secondo logiche e argomentazioni condivise e sperimentate da vastissime comunità tecnico-professionali"¹⁷.

¹⁶ Barbieri, *Il sinallagma*, cit., p. 51.

¹⁷ L. Zoppoli, *Giustizia distributiva, giustizia commutativa e contratti di lavoro*, in DLM, 2017, p. 292.

Il secondo orientamento è quello dei **nostalgici**, che, valutando negativamente la riforma varata negli anni '90, vedono una ripubblicizzazione del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni come inevitabile conseguenza di ineliminabili differenze ontologiche tra pubblico e privato. Qui basta il rilievo secondo cui il fondamento acontrattuale del rapporto di lavoro non può essere sostenuto "in barba all'espressa qualificazione contrattuale da un quarto di secolo contenuta, senza variazioni diacroniche, nell'art. 2 c. 3 del d.lgs. 29/93 prima e del d.lgs. 165/01 poi"¹⁸.

Un terzo orientamento poi, che potremmo denominare degli **etici**, non contesta radicalmente il fondamento contrattuale del rapporto di lavoro, ma incorpora nella causa del contratto responsabilità e doveri dei dipendenti derivanti da norme costituzionali (art. 28, 54 e 98), rilevando la natura pubblicistica degli interessi da soddisfare e delle prestazioni da erogare. Cosicché il contratto individuale di lavoro resterebbe profondamente connotato da discipline speciali riguardanti soprattutto i doveri che ne ridimensionano lo schema giuridico di mero scambio¹⁹. Questo orientamento ha dalla sua l'incerto sviluppo della legislazione sul lavoro degli ultimi 15 anni proprio in quanto progressivamente divergente tra privato e pubblico, con un incremento della normazione legislativa soprattutto sui doveri del dipendente pubblico e sui connessi poteri sanzionatori. Da tale incremento non può però certo dedursi con nettezza una diversa qualificazione degli schemi contrattuali posti a base della disciplina e nemmeno della natura degli interessi tutelati. Pur dovendosi perciò correttamente notare un'ibridazione di modelli e tecniche regolative - che sembrano spingere verso "risultati irriducibili a sistema"²⁰ - non sembrano sussistere elementi tali da ribaltare il dato legislativo su cui è basato il complesso sistema delle fonti delineato nel d.lgs. 165/2001. Questo dato è l'art. 2 c. 2 del d.lgs. 165/01 che recita: "i rapporti di lavoro dei

¹⁸ Barbieri, op. ult. cit., p. 55.

¹⁹ V. soprattutto Cavallo Perin R., *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministratori alla correttezza dei funzionari*, in Cavallo Perin R., Merloni F. (a cura di), *Al servizio della nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Franco Angeli, 2009, p. 147 ss.; Cavallo Perin, Gagliardi, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministratori*, in RDTB, 2014, p. 309 ss..

²⁰ Sigismondi G., *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Jovene, 2012, p. 97.

dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto". Pur con tutte le successive poco lineari evoluzioni, ciò significa che l'istituto posto a base della legislazione speciale è il medesimo contratto di lavoro previsto per il lavoro privato: il quale può anche essere regolato per istituti o specifici aspetti da norme speciali, anche di rango costituzionale, senza per questo perdere i suoi connotati di fondo e le sue intime coerenze.

6. Anche tra gli studiosi che concordano sul punto appena ricordato oggi però spesso viene in discussione la configurazione strutturale del contratto di lavoro posto a base della disciplina del lavoro pubblico e privato e, in particolare, la sua configurazione causale. Questo è ben visibile nel più recente dibattito dottrinale tra i giuslavoristi, che vede un progressivo arricchimento delle posizioni in campo.

Pur tenendo conto di ciò, e semplificando alquanto, io individuerei il quarto orientamento dottrinale in tema di teorica del contratto individuale del lavoratore pubblico negli studiosi che, fedeli alle origini, continuano a ritenere che lo schema causale sia rimasto invariato rispetto al codice civile del 1942, così come risulta dalle rivisitazioni del ventennio post-costituzionale, approdate ad una concezione non univoca ma maggioritaria, sulla quale poco o niente hanno inciso le riforme degli ultimi 20 anni. Potremmo definire questo orientamento come **continuista**, proprio in quanto assume lo schema concettuale di matrice civilistica preesistente alla legislazione sulla contrattualizzazione del lavoro pubblico come lo schema ancora attuale per ricavare i principi necessari ad armonizzare la regole speciali con lo schema concettuale²¹. Tale schema è quello del contratto di scambio così come definito e caratterizzato dall'art. 2094 c.c.

²¹ V., per tutti, L. Zoppoli, *Il sistema delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro dopo la riforma: una prima ricognizione dei problemi*, in M. Rusciano-L. Zoppoli (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 1993, p. 4 e 10; M. Rusciano, *Contratto, contrattazione e relazioni sindacali nel "nuovo" pubblico impiego*, in ADL, 1997, p. 101; D'Antona, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in Battini S., Cassese S. (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, 1997; F. Carinci, *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in ADL,

Al riguardo però c'è da fare un'importante precisazione di carattere strutturale e generale, venuta in risalto con specifico riguardo alle figure della corrispettività in relazione alla causa del contratto. Il tema è trattato in particolare nella recente e bella monografia di Marco Barbieri sulla sinallagmaticità del contratto di lavoro pubblico. Barbieri ricostruisce la corrispettività inerente alla causa contrattuale come funzione economico-sociale di scambio di utilità che prescinde dalla concreta caratterizzazione degli interessi delle parti del medesimo. A sostegno della sua tesi invoca tanto un diritto civile asettico e "puro" quanto la concezione di autorevoli studiosi come Massimo Severo Giannini e Andrea Orsi Battaglini, secondo i quali l'organizzazione in rapporto ai rapporti di lavoro contrattualizzati avrebbe una sua "neutralità", cioè estraneità rispetto all'interesse pubblico che è sempre e solo interesse generale. Le mie perplessità al riguardo – che esprimo per forza di cose in modo sintetico – sono due. Anche a voler legittimamente rifarsi ad una concezione "astratta" della causa del contratto, tralasciando il sempre più frequente riferimento dei civilistici alla causa "in concreto", non si può delineare la causa del contratto di lavoro accantonandone la "funzione organizzativa", almeno quando il creditore di lavoro sia anche portatore di un preciso interesse ad organizzare la prestazione lavorativa (come indubbiamente è anche l'amministrazione pubblica). Se così è, non si può ricostruire la corrispettività nel contratto di lavoro pubblico prescindendo dalla funzione complessa del contratto, che è anche una funzione organizzativa, oltre che di scambio, nella quale assumono rilevanza gli interessi che la specifica organizzazione vuole o (per le pubbliche amministrazioni) *deve* perseguire²². In questa prospettiva - e con tutto il rispetto per Massimo Severo Giannini e Andrea Orsi Battaglini (che a mio parere sviluppano le loro analisi nella diversa prospettiva di superare una concezione giuridica puramente "autoritativa" dell'amministrazione in virtù del suo

2000, p. 55 ss.. Per le successive evoluzioni dello schema di contratto individuale che era alla base delle riforme degli anni '90 v. L. Zoppoli, *Le fonti del lavoro pubblico: dinamiche recenti e prospettive*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet, 2017, spec. pp. 2712-2715.

²² V. già, con chiarezza, L. Zoppoli, *Il temperamento degli interessi nella disciplina del rapporto di lavoro nel settore terziario*, relazione a un convegno CISL su "Un'amministrazione a servizio del pubblico e non del potere pubblico," 11-12/3/1996, poi pubblicato in *Il lavoro pubblico negli anni '90*, Giappichelli, 1998, pp. 58-59.

essere portatrice di interesse pubblico²³) - la funzione concreta del contratto nel lavoro pubblico non può non riguardare anche un'organizzazione che non è fattore totalmente neutrale rispetto agli interessi delle parti. Nel privato l'interesse *standard* dell'imprenditore (pur con crescenti eccezioni previste dalla legge: cooperative, terzo settore, ecc.) sarà quello di realizzare profitto e tale interesse si ripercuote indubbiamente anche sulla dimensione organizzativa²⁴. Nel pubblico ci sono invece le finalità imposte dalla Costituzione e dalla legge – e dalla catena organizzativa di ciascuna amministrazione – che il soggetto datoriale deve perseguire attraverso la funzione organizzativa del contratto. Qui rientra anche un interesse pubblico, inteso non come interesse generale e finalistico, ma come interesse alla realizzazione delle specifiche azioni amministrative verso cui è orientata l'organizzazione in cui è inserita la prestazione del lavoratore "pubblico". Questo mi pare l'assetto teorico posto a base delle scelte riformatrici dei primi anni '90, che, nonostante una successiva legislazione sempre più caotica e confusa, si può comunque ricondurre a uno schema concettuale/categoriale comune a privato e pubblico. Ne consegue, ad esempio (ma sul punto si tornerà), che nell'interpretare l'operatività della regola della corrispettività nella sempre più complessa disciplina sulla *performance* nel lavoro pubblico non si può quasi aprioristicamente leggere una contraddizione con la categoria della corrispettività, come sembra a Marco Barbieri, con una invasione della causa scambistica "pura" ad opera del risultato finale. Piuttosto occorre procedere logicamente in senso contrario: data la corrispettività lavoristica le norme di legge sulla connessione doveri/risultati/retribuzione nel lavoro pubblico – piacciono o no - devono essere armonizzate con lo schema contrattuale²⁵. Non mi pare che la rilevanza riconosciuta alla c.d. *performance*, anche

²³ Come analogamente fa Berti G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Cedam, 1968, p. 426 ss. cit. da Caruso, op. cit., p. 31 ss.. Anche Corte Cost. 309/97 sembra operare una distinzione tra organizzazione e contratto chiaramente però con la specifica finalità di mantenere una riserva di legge solo sulla materia organizzativa, senza che c'entri in alcun modo la configurazione causale del contratto individuale. Anche a quel riguardo però la linea di demarcazione fonti unilaterali autoritative/atti privatistici è stata poi, come si sa, ampiamente rivisitata (v. ampiamente Riccardi, *L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica. Interessi, tecniche regolative, tutele*, Cacucci, 2011).

²⁴ V., emblematicamente, il recente dibattito sul licenziamento economico su cui, per tutti, Perulli (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, 2017.

²⁵ Al riguardo v. Monda, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Giappichelli, 2016.

organizzativa, sulla disciplina di delicatissimi istituti contrattuali – potere disciplinare piuttosto che retribuzione di risultato – non possa essere interpretata in modo da salvaguardare una nozione di corrispettività compatibile con equilibri incentrati su un moderno contratto individuale, dove ciascuna delle parti può trovare soddisfazione e tutela dei propri interessi.

Non manca poi chi prospetta un superamento generale della causa meramente scambistico/sinallagmatica, pur integrata con la funzione organizzativa, del contratto individuale di lavoro, che tenderebbe a dare maggiore rilevanza al risultato organizzativo da raggiungere²⁶. O chi, più di recente e con analisi alquanto approfondite, segnala la progressiva emersione di un “nuovo diritto comune del lavoro” in cui ci sarebbe una “configurazione sempre più relazionale del contratto di lavoro...(che) serve a costruire geneticamente, a programmare funzionalmente e a organizzare strutturalmente una relazione collaborativa maggiormente paritaria tra lavoro e impresa, connotata dall’apporto autonomo e creativo del lavoro umano agli scopi dell’impresa che trascendono in parte il conflitto”. Questo contratto sarebbe caratterizzato dal *personal work nexus* “inteso quale *boundary concept* in grado di mettere in collegamento luoghi diversi dell’esperienza del lavoro oltre l’impresa” e “trova terreno fertile nel lavoro pubblico”²⁷.

Queste teoriche, che potremmo ascrivere ad un orientamento di **pseudo o ultra innovatori**, recupererebbe la convergenza lavoro pubblico/lavoro privato all’interno dell’emersione di uno schema contrattuale corrispondente a un “nuovo” paradigma che caratterizzerebbe la progressiva costruzione del moderno diritto del lavoro.

Da un lato però la progressiva incorporazione nella causa del contratto del risultato atteso dal creditore – se da un lato descrive un’antica tensione ad evitare dogmatismi avulsi dai concreti interessi di entrambe le parti del rapporto – dall’altro non mi pare possa far leva su

²⁶ V., per il lavoro privato, Pantano, *Il rendimento e la valutazione del lavoratore subordinato nell’impresa*, Cedam, 2012, p. 46; per il lavoro pubblico, Avio, *La performance come valutazione dell’adempimento nel rapporto alle dipendenze della pubblica amministrazione*, Jovene, 2017, che comunque distingue tra risultato finale e risultato della prestazione.

²⁷ Caruso, cit., pp. 39-40.

dati normativi davvero nuovi che consentano di andare oltre la valorizzazione dei poteri datoriali volti a garantire l'utilità finale attesa da un'obbligazione che resta essenzialmente un'obbligazione di attività eterodiretta o etero-organizzata. Perciò le relative teoriche – che definirei pseudo-innovative – mi paiono più riscoprire vecchie letture che proporre di nuove.

L'altro orientamento che fa leva sul modello del *personal work nexus* – pur suggestivo e animato da sforzi di visioni prospettiche, nutrite da ricchi riferimenti di letteratura comparata e dall'incombere dei vari futuri digitali – non mi pare aprire la strada a concettualizzazioni teoriche solide nella misura necessaria a produrre immediati effetti sul piano ricostruttivo-esegetico. Esso resta a mio parere sospeso tra il recupero di antichi modelli "organicistici" e deboli basi di diritto positivo. Pur potendo assumere un crescente valore come suggerimento di *policy* – da integrare però tanto nel privato quanto nel pubblico con robusti elementi riguardanti i nessi tra contratto individuale e relazioni industriali – non mi pare che colga in modo convincente né lo stato dell'arte né le direzioni di marcia delle riforme degli ultimi tempi. Molto ci sarebbe da argomentare. Basti qui dire che come linea di evoluzione recente del diritto del lavoro privato appare più che altro visibile un orientamento *pro business*, nel quale la rilevanza della persona e delle sue dimensioni relazionali regredisce o conserva a fatica tutele ormai considerate irreversibili per società mediamente evolute (penso all'integrità psico-fisica di cui fa parte anche il "benessere organizzativo", che nelle pa va assicurato per legge ex art. 6 dlgs 165/01; alle tutele antidiscriminatorie; al bilanciamento tra tempo di lavoro e non lavoro²⁸). Anche se alcune tutele, in una dimensione alquanto *light*, vengono estese al di fuori dell'area della subordinazione classica, ma non in tutti i settori allo stesso modo (qui il lavoro pubblico è ai margini). E nel pubblico non si ascolta una musica tanto diversa, specie con la continua enfasi sulle patologie – come l'assenteismo – piuttosto che su investimenti riguardanti giovani e competenze di qualità.

Commentato [1]:

²⁸ Su tutti questi aspetti v., da ultime, L. Calafà, *Marginalità apparente: l'innovazione organizzativa nella p.a. alle soglie della XVIII legislatura*, in RGL, 2018, I, p. 473 ss.; L. Tria, *Il benessere organizzativo non è una formula vuota*, in A. Ciriello (a cura di), *Giudici e cambiamenti del diritto del lavoro*, DLM, 2018, quad. n. 5, p. 115 ss.

Pur nella comune svalorizzazione della dimensione personalistica delle tutele del lavoro, non può però non rilevarsi una sensibile divaricazione nelle tecniche di gestione delle risorse umane utilizzate nel lavoro privato e in quello pubblico. Mentre nel primo evapora in molti aspetti la tutela della stabilità del rapporto e viene accentuato l'effetto-disciplina attraverso un rafforzamento dei poteri di gestione del rapporto – sempre più sottratti tanto al controllo sindacale quanto a quello giudiziario –, nel lavoro pubblico la crescente rilevanza dell'interesse organizzativo viene perseguito attraverso misure meritocratiche o punitive più ideologiche che congegnate in vista di un'agevole effettività e, comunque, mai condotte fino al punto da indebolire la stabilità anche giuridica del contratto a tempo indeterminato. Si allarga poi dappertutto l'anello del lavoro precario, ma con moduli e tecniche diversificate tra privato e pubblico²⁹. Pertanto a me – da giurista positivo – pare ben lontana l'emersione di un nuovo paradigma contrattuale comune incentrato sulla relazionalità della persona armonicamente inserita in un'organizzazione orientata a soddisfare una pluralità di interessi non puramente economici. Ovviamente nulla esclude che a questo suggestivo paradigma, al momento futuribile, si possa lavorare *de iure condendo*.

De iure condito invece lo schema del contratto di lavoro subordinato come contratto di scambio con finalità organizzative contenute dall'esigenza di tutela complessiva, seppure mutevole e recessiva, della persona del lavoratore sembra ancora saldamente posto alla base della legislazione sul lavoro privato e pubblico. Nel secondo esso indubbiamente si differenzia per molte regole legali specifiche di varia ispirazione e finalità³⁰. Molte di queste regole potrebbero essere ulteriormente sottoposte ad una prova di resistenza e eventualmente modificate in un senso o nell'altro³¹. Però sovraccaricare teorica e disciplina del contratto individuale per garantirne le finalità organizzative non sembra la via più coerente con l'equilibrio funzionale della fattispecie nell'ottica del buon andamento. In essa devono confluire sì esigenze organizzative di vario genere – anche orientate a realizzare

²⁹ V., da ultimo, Alaimo, *Dalla riforma*, cit.

³⁰ Oltre a Caruso, op.cit., v. L. Zoppoli, *La stagione delle riforme: pubblico e privato al confronto*, in LPA, 2017, p. 25 ss.; P. Tosi, *Le novelle legislative sul lavoro privato e pubblico privatizzato tra armonizzazione e diversificazione*, in *RIDL*, I, 2018.

³¹ Utili al riguardo analisi e suggerimenti di Caruso, cit., p. 60 ss.

diritti costituzionali e interessi pubblici – ma attraverso il concreto esercizio dei poteri riconosciuti al creditore nel rispetto degli interessi della controparte e sempreché il substrato organizzativo sia idoneo a realizzare quegli interessi. Se le esigenze organizzative non vengono soddisfatte essenzialmente per problemi riguardanti il substrato organizzativo in senso stretto, a nulla serve accanirsi sulla disciplina del contratto o del rapporto di lavoro del dipendente. Occorre intervenire – con la regolazione, anche legislativa, o altrimenti – sul substrato organizzativo, calibrando regole e interventi sulle specifiche esigenze di ottimizzazione del contesto organizzativo (nel quale qui ricomprendo anche la regia soggettiva e i sistemi di valutazione³²).

La regolazione giuslavoristica contiene adeguati strumenti per adattare anche in una certa misura la disciplina dei contratti di lavoro alle specifiche esigenze micro-organizzative, a cominciare da una corretta contrattazione integrativa. Bisogna far funzionare tali strumenti.

A mio parere ciò che è venuto a mancare negli ultimi 10 anni nel lavoro pubblico è stato, come ho detto anche altre volte³³, la consapevolezza della centralità della dimensione micro-organizzativa nella garanzia della funzionalità delle amministrazioni. E questa consapevolezza deve accomunare tutti gli attori che possono intervenire in quella dimensione. Che oggi - dopo la riforma Madia e in attesa di quella della Ministra Bongiorno³⁴ - sono i soliti, ma con un maggior peso riconosciuto a vertice politico e, in misura minore, ai soggetti sindacali. In questo panorama indubbiamente risalta l' inadeguatezza del regime giuridico e del ruolo della dirigenza amministrativa, che, perdendo l' ancoraggio privatistico timidamente sperimentato negli anni '90³⁵, boccheggia sempre più in prossimità di antiche

32 V. L. Zoppoli, *Retribuzione e ruolo unico: filosofie organizzativo-istituzionali e tecniche regolative*, in LPA, 2016, p. 43 ss.; G. Nicosia, *I soggetti della valutazione (percorsi di apprendimento organizzativo)*, e P. Monda, *La valutazione delle performance: programmazione degli obiettivi e gestione premiale*, in Esposito, Luciani, Zoppoli A., Zoppoli L., *op. cit.*, risp. p. 329 ss. e 370 ss.; F. Borgogelli, *Le ragioni giuridiche della valutazione nelle pubbliche amministrazioni e le aporie del sistema*, in AA.VV., *Il lavoro pubblico e la riforma Madia: organizzazione, gestione e valutazione*, RGL, 2019, quad. n. 4, p. 76 ss.

33 Da ultimo nel saggio appena citato.

34 V. il ddl AS 1122 presentato il 5 marzo 2019.

35 V. L. Zoppoli, *La contrattazione collettiva nel lavoro pubblico e il pensiero di Carlo Dell'Aringa, Professore e Presidente dell'Aran*, in DLM, 2019, n. 2 (in corso di pubblicazione).

teorizzazioni accompagnate da moderne subalternità, magari pagata meglio o molto meglio di trent'anni fa. E domina la scena la tesi secondo cui i dirigenti pubblici più che responsabili di risultati sono "responsabili di processo"³⁶.

Nel privato gli attori sono ben diversi, con una crescente prevalenza del soggetto imprenditoriale, specie se di adeguato dimensionamento complessivo, che oggi trova nel diritto del lavoro un sostegno plurimo (meno vincoli legali e minore costo del lavoro). Senza però che le finalità perseguite della sua organizzazione siano granché condizionate dalla realizzazione di risultati di interesse generale.

Ne consegue che la responsabilità del funzionamento ottimale delle organizzazioni, almeno sotto il profilo organizzativo, grava su soggetti diversi nel pubblico e nel privato. E questa mi pare, al netto della libertà di perseguimento dei risultati (massima nel privato, giustamente ridotta nel pubblico), ancora la maggiore differenza a valle della complessa e tortuosa stagione delle riforme in grado di ripercuotersi profondamente sugli assetti regolativi dei rapporti di lavoro.

7. Solo di recente si è anche recuperata una qualche chiarezza su spazio e ruolo che deve avere la contrattazione collettiva nel dosaggio di fonti legali e negoziali attraverso cui le pubbliche amministrazioni devono contemperare buon andamento e diritti/doveri dei lavoratori. Dal 2010 fino al 2017 infatti questo elemento cruciale della tematica in esame sembrava destinato ad un oscuramento tanto necessitato da ragioni economico-finanziarie quanto poco meditato sotto il profilo dei principi e delle regole ordinamentali. Infatti, com'è noto, la contrattazione collettiva per il lavoro pubblico – che ha motore e mappa direzionale nella contrattazione nazionale – è stata congelata dal 2007/8 fino al 2018. Dieci anni in cui, con sintesi brutale, può dirsi che il buon andamento si è sostanzialmente esaurito nel porre tetti generalizzati (lineari, si è detto) a quasi tutte le pubbliche amministrazioni (tranne

³⁶ Così, riprendendo un articolo di Cassese (*I dirigenti pubblici sotto assedio*, in *Corriere della Sera*, 30.10.2017), Ruffini, *L'amministrazione pubblica è capace di apprendere?*, in *RU*, 2017, n. 6, p. 6.

quelle, davvero poche, che – per virtù progettuali, genialità, fantasia o spregiudicatezza – hanno saputo andare oltre la mera gestione dei tagli).

A mettere ordine è stata la Corte costituzionale con la sentenza 178/2015, senza farsi intimidire dalle intenzioni manifestate dal legislatore ancora nell'agosto 2015, che con la legge delega 124 aveva messo in cantiere una riforma in cui le sorti della contrattazione nazionale erano quanto meno dubbie³⁷. E va dato merito a questa giurisprudenza di aver spostato le colonne d'Ercole del dosaggio delle fonti, collocando la contrattazione per il lavoro pubblico al di qua dell'area protetta da tutele di rango costituzionale non solo nazionali.

Però nella giurisprudenza della Corte Costituzionale va visto tutto quel che c'è: e c'è anche un significativo sostegno a quelle letture del buon andamento che, anche in considerazioni delle modifiche apportate nel 2012 all'art. 97, consentono di porre limiti invalicabili alle negoziazioni dei diritti (retributivi) dei lavoratori pubblici (così come ragioni di interesse generale possono giustificare tetti alla contrattazione nel settore privato, secondo ormai risalenti arresti della medesima Corte Costituzionale). Purchè, dice la Corte, ciò non si sostanzi in un blocco della contrattazione per un periodo indefinito. Questo principio consente di ritenere riaperta anche la strada dell'unificazione tra pubblico e privato mediante la contrattazione collettiva.

Merito di questa sentenza a mio parere è di aver affermato – pur evitando di pronunciarsi a favore della gerarchia o del bilanciamento delle tutele costituzionali (dove gerarchia è sinonimo di "bilanciamento definitivo"³⁸) - che l'equilibrio di bilancio mai potrebbe soverchiare un valore sostanziale come la libertà di contrattazione collettiva. Quindi la libertà di contrattazione deve trovare una sua tutela, che può anche semplicemente concretizzarsi nell'affermazione secondo cui non può essere il legislatore a sostituirsi alla parte pubblica che, per ragioni di opportunità esclusivamente economico-finanziarie,

³⁷ V. , da ultimo anche per completi ampi riferimenti bibliografici, M. Delfino, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Editoriale scientifica, 2019, p. 61 ss.

³⁸ v. M. Barbieri, *Contratto collettivo e lavoro pubblico: blocco salariale e blocco della contrattazione tra scelte legislative e giurisprudenza costituzionale*, in RIDL, 2015, p. 460.

decidesse, nell'esercizio della sua libertà negoziale, di non concludere alcun contratto collettivo. In questo la legge è una fonte di derivazione diretta dalla sovranità popolare e si sovrappone agli spazi di autonomia che la Costituzione garantisce: la contrattazione collettiva nel lavoro pubblico è, nella ricostruzione della Corte, appunto tutelata nei confronti di invasioni eteronome di rango legislativo a carattere "strutturale". Né può ridimensionarsi il comando legislativo considerandolo alla stregua di un indirizzo di politica contrattuale rivolto dai soggetti competenti ai rappresentanti di parte pubblica³⁹: l'indirizzo è legittimo, ma non la compressione radicale della libertà sindacale che si realizza con una legge che vieti la contrattazione oltre certi ragionevoli limiti temporali.

Con questa sentenza si può considerare scongiurata qualsiasi scelta legislativa che tornasse a una disciplina di tipo puramente unilaterale.

Però nella sentenza 178/2015 può leggersi ancora altro. Ad esempio la Corte esorta il legislatore a rivedere più in profondità gli assetti legislativi riguardanti la contrattazione collettiva per il lavoro pubblico, affrancandola "da ogni vincolo di risultato". L'espressione può sembrare fin troppo dirompente per chi ha ben presente gli sforzi fatti negli ultimi decenni per garantire agli italiani amministrazioni pubbliche orientate proprio al risultato. Bisogna però contestualizzare: e allora la Corte, considerando materia ed argomenti affrontati nella sentenza 178, vuol dire con chiarezza che non può essere il legislatore a predeterminare i risultati da perseguire con la contrattazione collettiva. La legge deve predisporre una cornice adeguata a rispettare tutti i principi e i valori in cui deve esprimersi oggi l'azione delle pubbliche amministrazioni, ivi compresa la libertà sindacale e la contrattazione collettiva. I risultati amministrativi vanno certamente perseguiti, come impone l'art. 97 Cost. nei suoi significati evolutivi; ma non con vincoli legislativi per la

³⁹ Proprio con riferimento critico alla sentenza 178/2015 v. V. Ferrante, *Anche per i dipendenti pubblici arriva l'ora della riscossa: la Corte dichiara l'incostituzionalità della proroga del blocco della contrattazione collettiva*, in DRI, 2015, p. 1127 ss., sulla falsariga della legislazione degli anni '50 sull'organizzazione sindacale delle imprese a partecipazioni statali.

contrattazione collettiva bensì con un chiaro indirizzo politico e una conseguente capacità manageriale a tutti i livelli⁴⁰.

Proprio il riferimento ai livelli rimanda alla questione della disciplina e dello spazio da riconoscere alla trattativa integrativa o decentrata. Su questo la nostra storia è travagliata, proprio in considerazione dei risultati (non) raggiunti⁴¹. E il già citato ddl Bongiorno intenderebbe ritornare sulla materia, con un principio di delega invero assai generico⁴². C'è però da augurarsi che il legislatore, di nuovo all'opera nella nostra materia dopo la poco feconda attuazione della legge delega 7 agosto 2015 n. 124 sul punto, faccia tesoro delle sintetiche ma dense indicazioni della Corte costituzionale, anche per discostarsi da scelte, in atto dal 2009 e finora mai contraddette, ispirate alla massima compressione e funzionalizzazione eteronoma della trattativa collettiva. Anche a tal riguardo l'esperienza dovrebbe insegnare che il buon andamento – nei suoi più ampi significati – non lo realizza la legge, ma una gestione competente di ciascuna organizzazione.

8. Può essere utile a questo punto analizzare qualcuno degli istituti più problematici nell'ottica del dosaggio delle fonti calibrato sul rapporto tra vincoli legislativi e gestione micro-organizzativa. Il primo istituto attiene all'area dei doveri e delle sanzioni disciplinari.

Qui a mio parere c'è da fare più attentamente i conti con una novità normativa introdotta nel d.lgs. 165 nel 2012 con la normativa anticorruzione. Con il novellato art. 54 si attribuisce direttamente al Governo il potere di emanare un codice di comportamento che sconfinava

⁴⁰ Che indubbiamente può essere sostenuta dal legislatore purché entro limiti che non contraddicano la fluidità delle relazioni sindacali. Al riguardo interessante, anche se non del tutto convincente, è la novella apportata nel 2017 alla disciplina della regolamentazione unilaterale nel caso di stallo delle trattative a livello decentrato: V. L. Zoppoli, *Il rapporto*, cit., p. 423 ss.; U. Gargiulo, *La trattativa integrativa nella c.d. riforma Madia: continuità, discontinuità, opportunità, contraddizioni*, in AA.VV., *Il lavoro pubblico e la riforma Madia: organizzazione, gestione e valutazione*, RGL, 2019, quad. n. 4, p. 96 ss.

⁴¹ V., da ultimo, S. Mainardi, *La valorizzazione delle risorse umane nelle p.a.. Trattamenti accessori e fondi per la trattativa integrativa*, in RGL, 2018, I, p. 453 ss.

⁴² V. art. 6 c. 2 lett. c) ("ridefinire gli ambiti di intervento della trattativa integrativa, specificando i rapporti con la trattativa collettiva nazionale e con le disposizioni di legge e specificando il sistema dei controlli sulla stessa").

nella materia disciplinare, pescando tra l'altro in un ambito di doveri abbastanza ampio. Le precipue finalità del codice nazionale sono infatti quelle di "assicurare la qualità dei servizi, la prevenzione dei fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico" (art. 54, comma 1). In particolare sia la collocazione legislativa della novella nell'ambito della l. 190/2012 – che fonda tutto l'impianto del sistema italiano per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione – sia la seconda parte dell'art. 54, comma 1 rendono ben evidente come la metamorfosi del codice di comportamento sia soprattutto da ricondurre alla connessione con la disciplina anticorruzione⁴³. Appare coerente con questa evoluzione anche il diverso involucro formale e la diversa vincolatività del codice: un regolamento governativo - proposto dal Ministro per la pubblica amministrazione ed emanato con Decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri e previa intesa in sede di Conferenza unificata - pubblicato in Gazzetta Ufficiale; e, inoltre, espressamente qualificato "fonte di responsabilità disciplinare", nonché rilevante – in quanto produttivo di "doveri" derivanti da fonti unilaterali - ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile.

Nell'insieme la disposizione sul codice di comportamento nazionale pare caratterizzarsi per una sovrabbondanza tanto di contenuti che di effetti. Talora inutili: come quando (tralasciamente) si prevede che il codice "va anche consegnato al dipendente, che lo sottoscrive all'atto dell'assunzione", come se la pubblicazione in Gazzetta ufficiale non fosse garanzia di sufficiente pubblicità/vincolatività, ma dovesse essere affiancata da forme di tipo "para-negoziali"⁴⁴. Talaltra invece di tutto rilievo pratico: come quando si prevede che

⁴³ V. Gargiulo U., *La prestazione lavorativa tra prescrizioni etiche e obblighi contrattuali. Fonti e contraddizioni nella delimitazione dell'area di debito del dipendente pubblico*, in LPA, 2014, p. 17 ss.; D'Avino E., *L'imperfetta contrattualizzazione del lavoro pubblico nel prisma della disciplina anticorruzione*, in LPA, 2015, 294 ss.; GRECO (Groupe d'Etats contre la corruption), *Rapporti di valutazione e conformità relativi all'Italia anni 2016 e 2018*, in www.giustizia.it, 2016; Martone M., *Rapporto di lavoro e corruzione*, in LPA, 2016, 575 ss.; D'Alessio G., *La legislazione anticorruzione: l'impatto sui rapporti di lavoro pubblico*, in LPA, 2017, 99 ss.

⁴⁴ In questo pare comprensibile ma sproporzionato il rilievo sistematico attribuito a questa disposizione da V. Pinto, *Il lavoro pubblico nella transizione dall'autogoverno responsabile delle p.a. al rinnovato protagonismo della legge*, in Iadicco MP, Nuzzo V. (a cura di), *Le riforme del diritto del lavoro. Politiche e tecniche normative*, in DLM, 2016, quad. n. 2, p. 123, cit. da Barbieri, *Il sinallagma*, cit. p. 59-60.

“violazioni gravi o reiterate del codice comportano l’applicazione della sanzione di cui all’art. 55-quater, comma 1”, cioè del licenziamento disciplinare. Tra l’altro questa disposizione è ribadita dallo stesso art. 55-quater, comma 1, lett. f-bis, introdotto dal d.lgs. 75/17, che a sua volta richiama, in un circolo non virtuoso, l’art. 54 comma 3.

Si può comunque dire che, quanto a rilegificazione⁴⁵, dove non riuscì ad incidere la meritocrazia nel 2009, giunge invece l’anelito a riportare l’onestà tra i dipendenti pubblici, anelito dovuto all’allarme più o meno fondato sul diffondersi della corruzione nel nostro Paese e comunque condiviso da istituzioni e regole europee e internazionali⁴⁶.

La novella dell’art. 54 del 2012 viene subito seguita dall’adozione del d.P.R. 16 aprile 2013 n. 62, che contiene il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici “contrattualizzati” di cui all’art. 2, commi 2 e 3, del d.lgs. 165/01.

All’adozione del codice generale con D.P.R. 62/13 hanno fatto seguito le linee guida previste dal medesimo art. 54, comma 5, del d.lgs. 165/01 definite con la importante delibera CIVIT/ANAC n. 75 del 23 ottobre 2013. Le linee guida sono sostanzialmente un “ponte” verso un nuovo canale regolativo, cioè i codici di comportamento di ciascuna pubblica amministrazione, previsti dallo stesso art. 54, comma 5, con la finalità di integrare e specificare il codice generale. Questi codici – già previsti, ma in modo molto più generico nella versione dell’art. 54, comma 5, precedente al 2012 - devono essere definiti con “procedura aperta alla partecipazione”⁴⁷ e previo parere obbligatorio dell’OIV di amministrazione, nel rispetto, appunto, delle linee guida della CIVIT, oggi sostituita in questa funzione dall’ANAC. Tale organismo dal 2014 ha una sua precisa identità istituzionale che la differenzia del tutto dai soggetti competenti a valutare le performance organizzative delle

⁴⁵ V. Zoppoli L., *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in Zoppoli L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale scientifica, 2011, p. 15 ss.

⁴⁶ V. Martone, op. cit.; Carloni, op.cit.; GRECO (*Groupe d’Etats contre la corruption*), *Rapporti di valutazione e conformità relativi all’Italia anni 2016, 2017 e 2018*, in www.giustizia.it; F. Merusi F., *L’imbroglio delle riforme amministrative*, Mucchi editore, 2016; Pinto F., *Il mito della corruzione. La realtà della malamministrazione*, Aracne, 2018.

⁴⁷ Al riguardo merita di essere in questa sede considerato che la partecipazione è uno dei contenuti del diritto alla buona amministrazione: v. Cassese, op. cit.

amministrazioni, ai quali però non sono state attribuite le funzioni di cui all'art. 54, comma 5, del d.lgs. 165/2001 (v. art. 19 c. 9 del d.l. 90/2014 conv. con l. 114/2014), rimaste appunto in capo all'ANAC. Della precedente coincidenza soggettiva tra autorità anticorruzione e organismi competenti per la valutazione delle *performance* resta oggi solo il ruolo consultivo degli OIV nell'adozione dei codici di amministrazione. In ogni caso la delibera 75/2013 disegna un ruolo di tutto rilievo per i codici di amministrazione, nei quali tornano in qualche misura ad intrecciarsi i soggetti e le regole riguardanti i "comportamenti" e le "performance"⁴⁸.

Molte sono state le difficoltà implementative del codice di comportamento nazionale, in generale ben poco applicato. Pertanto, oltre ad adeguarne i contenuti, è assai probabile che i codici di comportamento delle singole amministrazioni, previsti dall'art. 54, comma 5, siano destinati ad avere un ruolo di sempre maggior rilievo.

In concreto i codici di amministrazione adottati a valle del d.P.R. 12/63 sono stati finora nella maggior parte alquanto ripetitivi del codice nazionale, pur non mancando alcune esperienze di codici con tratti di originalità (Ministero dell'interno, MAE, MIBACT, MIUR, Agenzia delle Entrate, Comune di Napoli). In generale i contenuti precettivi esistenti potrebbero essere riconsiderati da una "nuova generazione" di codici di amministrazione in vista soprattutto di elevarne l'effettività. Nei pochi casi in cui si è registrato un contenzioso che abbia preso specificamente in considerazione codici di amministrazione, la giurisprudenza ha comunque posto in rilievo come i codici di amministrazione debbano in ogni caso rispettare il principio di legalità, non potendo coprire "l'ambito della materia dell'organizzazione e della provvista degli uffici, che postula l'applicazione del principio di legalità (art. 97 Cost.)"⁴⁹. I codici specifici neppure possono aggravare doveri in relazione all'utilizzazione dei dati in possesso della propria amministrazione per scopi scientifici o intellettuali, in termini di preventiva verifica dei diritti di proprietà dei terzi e dell'esistenza di codici deontologici, quando i dati non siano espressamente riservati o siano consultabili dai cittadini in altre forme, e con regole "eccessivamente generiche in relazione alla complessità del quadro normativo in

⁴⁸ V. soprattutto Avio, op.cit.

⁴⁹ V. TAR Lazio 10.8.2017 n. 9289, riguardante il codice del MIBACT.

evoluzione". Secondo questa giurisprudenza si finirebbe così per "scaricare sul dipendente la responsabilità di tale complessità, in un contesto normativo che rileva ai fini disciplinari e meriterebbe quindi una maggiore tipizzazione e articolazione". Sono stati invece ritenuti integrabili i contenuti del codice nazionale quanto ai limiti: a) alla libertà di opinione del pubblico dipendente attraverso doveri di informazione del dirigente, purchè "intesa ragionevolmente come...informazione di massima...senza riferimenti personali eccedenti lo scopo della disposizione (nda: in tema di rapporti con la stampa), che in qualche caso potrebbero rivelarsi lesivi di altri valori di rango costituzionale"; b) alla partecipazione a convegni, dibattiti, corsi di formazione e pubblicazioni in termini di obbligo di precisare "le opinioni eventualmente espresse a carattere esclusivamente personale"; c) a comportamenti della vita privata lesivi dell'immagine della pubblica amministrazione e di pubblico dipendente; d) alla ripartizione di compiti organizzativi in materia di obblighi di trasparenza per lo svolgimento di gare o procedure di acquisti di beni e servizi"⁵⁰.

Al di là dei contenuti esiste un problema di competenze e dosaggio delle fonti in materia di doveri e sanzioni. Le norme del d.lgs. 165/01, a valle delle modifiche del 2012 e del 2017, non sono chiare. L'art. 54 del d.lgs. 165/2001 come novellato nel 2012 prevede infatti un codice di comportamento nazionale cui affianca - ad integrazione dell'ambito materiale che non postuli "l'applicazione del principio di legalità"⁵¹ - i codici di comportamento di amministrazione. Con chiarezza si dice solo che "la violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento è...fonte di responsabilità disciplinare". E si prevede una specifica sanzione disciplinare espulsiva per gravi e reiterate violazioni del medesimo codice, poi precisata dall'art. 16 del D.P.R. 62/13.

Il successivo art. 55 del d.lgs. 165/01 è invece la norma specifica riguardante la responsabilità disciplinare per tutti i rapporti di lavoro pubblico che non siano da ricondurre all'art. 3 del medesimo d.lgs. 165 (personale in regime di diritto pubblico). Dopo le molte

⁵⁰ V. sempre TAR Lazio 10.8.2017 n. 9289.

⁵¹ Così ancora TAR Lazio 10.8.2017 n. 9289.

versioni di questa norma - che hanno aggiunto varie precisazioni sulla sua “forza giuridica” e sulla sua esaustività⁵²- essa resta pur sempre incentrata intorno a due cardini che sono: a) applicazione dell’art. 2106 c.c. ai rapporti di lavoro pubblico in questione⁵²; b) attribuzione ai contratti collettivi del compito di definire “tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni”. La tipologia delle infrazioni non può che incrociare i doveri di comportamento previsti dai codici di cui all’art. 54: e con essa deve armonizzarsi senza dubbio, dal momento che anche la violazione dei codici di comportamento è fonte di responsabilità disciplinare. Però appare decisamente forzato ritenere che i codici di cui all’art. 54 esauriscano del tutto la competenza regolativa dei contratti collettivi⁵³. L’espressione “salvo quanto previsto dalle disposizioni del presente Capo” - con cui inizia il secondo alinea dell’art. 55 c. 2 - significa infatti che i contratti collettivi non esauriscono il novero delle infrazioni, ma non può privare di significato la restante proposizione precettiva secondo cui i contratti collettivi definiscono le “infrazioni disciplinari”.

Per quanto riguarda poi specificamente le sanzioni, non sembra che l’art. 54 attribuisca ai codici di comportamento alcuna competenza a regolare questo aspetto specifico della responsabilità disciplinare. L’unica regola sulle conseguenze della violazione dei doveri si ritrova, come detto varie volte, nell’ultimo periodo del comma 3, dove si dice che “violazioni gravi o reiterate del codice comportano l’applicazione della sanzione di cui all’art. 55-quater, c. 1”, cioè il licenziamento disciplinare. E infatti il DPR 62/2013 in materia di sanzioni si è limitato a rinviare a leggi, regolamenti e contratti collettivi, espressamente prevedendo i casi in cui si possono applicare le sanzioni espulsive (art. 16 c. 2). E comunque ha precisato che la violazione dei codici “è fonte di responsabilità disciplinare...nel rispetto dei principi di gradualità e proporzionalità delle sanzioni “, cioè dell’art. 2106 c.c. (art. 16 c. 1).

⁵² V. infatti Trib. Catania cit., che richiama la copiosa giurisprudenza della Cassazione sul punto. Diversamente Trib. Vibo Valentia, con ordinanza n. 179 del 13 marzo 2019, in LPA, 2019 (in corso di pubblicazione), non condividendo l’interpretazione adeguatrice della Cassazione, solleva eccezione di costituzionalità dell’art. 55-quater c. 1 del d.lgs. 165/01.

⁵³ Di questo parere Carloni, op.cit..

In verità già aver definito quali sono le violazioni gravi e reiterate che comportano il licenziamento appare per certi versi una forzatura rispetto al sistema delle competenze normative definito nell'art. 55: siamo infatti già nell'ambito della tipologia di infrazioni/sanzioni sulla quale la norma riconosce la competenza dei contratti collettivi. Tuttavia su questo punto si può forse ritenere che si sia inteso rendere meno generica la norma di legge (art. 54 c. 3), che così come formulata potrebbe non essere mai attivata dall'amministrazione in mancanza di una specificazione ulteriore della corrispondenza tra infrazioni e sanzioni.

Sul punto si deve anche riscontrare una rinnovata piena contrattualizzazione di questo sistema sanzionatorio ad opera dei recenti contratti di comparto, che prevedono esplicitamente il licenziamento nei casi previsti dall'art. 16 c. 2 del DPR 62/2013 (v., ad esempio, art. 62 c. 9 lett. f del contratto per le funzioni centrali). Il fatto che i nuovi contratti del 2018 tornino tutti a prevedere il codice disciplinare, anche curando una specifica correlazione con i codici di cui all'art. 54, significa evidentemente che, oltre alle parti sindacali, anche Funzione pubblica e Aran hanno sposato le ipotesi ermeneutiche sopra prospettate. D'altronde il quadro legislativo sembra decisamente propendere per un rapporto "sinergico" e non alternativo tra codici di comportamento e contratti collettivi. In effetti i doveri dei codici di comportamento possono essere temperati con quelli dei codici disciplinari previsti dai contratti collettivi, proprio integrando in ogni caso i codici di comportamento delle amministrazioni con puntuali sanzioni desunte dalla legge o dai contratti collettivi. A tal fine già ci sono esperienze e modelli, come le "tabelle di convergenza" (v. codice di comportamento del Ministero degli interni, dm 25.1.2017 tabelle allegate A e B) o la tecnica del puntuale completamento di tutte le regole comportamentali con le relative sanzioni (codice di comportamento ACI)⁵⁴. E' questa in fondo la logica dell'art. 12 del DPR 62/13, che consente di predeterminare e specificare - seppure unilateralmente, ma ispirandosi al "principio di correttezza" e, comunque, al principio di proporzionalità di cui all'art. 2106 c.c.- possibili orientamenti delle amministrazioni nell'applicare le sanzioni già previste dalla legge o dai codici disciplinari.

⁵⁴ V. Avio, cit., p. 103 ss.

Al di là degli aspetti esegetici di questo complesso dato normativo, sembra poi che grazie ai codici di amministrazione potrebbe realizzarsi a livello micro-organizzativo un intreccio tra le procedure partecipative previste dai nuovi contratti collettivi di comparto⁵⁵ con quelle previste dall' art. 54 c. 5 del d.lgs. 165/01. Ciò potrebbe servire a rafforzare l'effettività dei codici di comportamento senza avvalorare i sospetti sul "ruolo negativo giocato dalla contrattazione, innanzitutto in termini di iper-protezione del dipendente nelle procedure disciplinari"⁵⁶. In tal senso la valorizzazione della partecipazione sindacale nell'elaborazione dei codici potrebbe svolgere una funzione molto utile nell'avvicinare anche le diverse letture teoriche dell'organizzazione in vista della regolazione dei comportamenti, talora troppo statiche in funzione di garanzie di legalità e trasparenza talaltra troppo dinamiche in funzione di opportunismi gestionali o efficientismi congiunturali⁵⁷.

9. Un problema diverso si pone con riferimento agli intrecci tra doveri disciplinari e ciclo delle *performance*. Qui abbiamo accennato al fatto che l'originaria convergenza soggettiva in capo ad un unico organismo centrale della funzione regolativo/gestionale in materia di trasparenza/anticorruzione/*performance* – maturata con tratti di evidente approssimazione – è stata quasi del tutto superata tra il 2012 e il 2014. Ciononostante restano echi di quella convergenza: nell'art. 54 comma 6 del d.lgs. 165/01, che assegna anche all'OIV – in quanto struttura di controllo interno - il compito di svolgere attività di supervisione sull'applicazione dei codici; nelle norme del codice nazionale⁵⁸; nelle linee guida ANAC del 2013, che in materia di controlli sull'attuazione e sul rispetto dei codici accentuano i nessi

⁵⁵ V. Zoppoli, *Il rapporto*, cit.; M. Corti, *La partecipazione alla luce delle nuove regole (passato, presente, sperimentazione)*, in AA.VV., *Il lavoro pubblico*, cit., p. 86 ss..

⁵⁶ Carloni, cit., p. 145.

⁵⁷ *Amplius* v. L. Zoppoli, op. ult. cit., p. 427 ss.

⁵⁸ V. art. 13 comma 7 del D.P.R. 62/13: "il dirigente svolge la valutazione del personale assegnato alla struttura cui è preposto con imparzialità e rispettando le indicazioni ed i tempi prescritti".

tra codici e valutazione delle *performance*⁵⁹. Tali residui della precedente stagione regolativa si possono cogliere anche in disposizioni riguardanti il potere disciplinare che paiono configurare in termini di diligenza disciplinarmente sanzionabile la mancata realizzazione dei risultati di *performance* dovuta a tutti gli “obblighi concernenti la prestazione lavorativa”, con ricorso al licenziamento in caso di “reiterata violazione” (v. art. 55-*quater* del d.lgs. 165/01 e 3 comma 5-*bis* del d.lgs. 150/09, inserito dal d.lgs. 74/17). In tal modo continuano a realizzarsi pericolose sovrapposizioni tra diversi ambiti di responsabilità, intrecciandosi confusamente inadempimenti, infrazioni e raggiungimenti di determinati livelli prestazionali⁶⁰.

Per fugare tali confusioni assai opportuna è la precisazione sui diversi ambiti in cui si pone l’adempimento contrattuale e la relativa diligenza rispetto all’infrazione – che deve sempre essere valutata e non è automatica – e alla mancata realizzazione del risultato⁶¹. Il tema consente anche qualche precisazione sulla compatibilità tra discipline speciali sulla *performance* e causa sinallagmatica del contratto individuale di lavoro, sopra trattato.

Al riguardo il rispetto dei doveri previsti dai codici di comportamento non può essere confuso con la realizzazione degli obiettivi di *performance*, attenendo il primo all’adempimento *necessario* dei doveri contrattuali e la seconda alla formazione dei presupposti in relazione ai quali matura il diritto *eventuale* alla premialità. Del tutto ultroneo e specifico è poi il nesso tra reiterata *performance* negativa e applicazione di sanzioni disciplinari di tipo addirittura espulsive: nesso instaurato con norme legislative da interpretare e che, comunque, non consentono di considerare il rispetto dei doveri di comportamento come equivalente alla realizzazione di una qualsiasi *performance*.

⁵⁹ Attribuendo ai dirigenti che assegnano gli obiettivi di *performance* il compito di vigilare sull’attuazione dei codici; rilevando che gli OIV, dando parere sui codici, possono assicurare “il coordinamento tra i contenuti del codice e il sistema di misurazione e valutazione della *performance*”.

⁶⁰ V. Avio, cit., p. 30 ss.; Bavaro, op.cit.

⁶¹ V. Monda, *Contratto di lavoro*; Gargiulo U., *Il licenziamento disciplinare*, in Esposito M., Luciani V., Zoppoli A., Zoppoli L. (a cura di), cit., p. 249 ss.

Con questo non si vuole però escludere che tra il sistema delle *performance* e i codici di comportamento non possano instaurarsi opportune e utili sinergie. Al riguardo già quanto si legge nelle linee guida dell'ANAC, ma anche nel D.P.R. 62/13, appare armonizzabile senza particolari difficoltà con una corretta logica binaria che affianchi codici e *performance*. E' infatti del tutto possibile che miglioramenti della regolazione e dell'effettività dei codici di comportamento siano previsti come specifici obiettivi; come pure è sempre possibile che il rispetto dei doveri previsti dai codici entri a far parte in qualche misura degli indicatori prestazionali con cui normalmente viene strutturato il sistema di valutazione delle *performance*. E' persino compatibile con il quadro legislativo che il mancato rispetto dei codici di comportamento venga configurato nei sistemi di valutazione delle *performance* come ostativo al conseguimento della premialità, potendo apparire contraddittorio premiare chi non si attenga al minimo dei doveri comportamentali. A quest'ultimo riguardo sembrerebbe però necessario che situazioni del genere fossero considerate solo previa verifica di una qualche responsabilità disciplinare derivante dalla violazione dei codici di comportamento.

10. In conclusione oggi più di ieri le nuove/vecchie frontiere del buon andamento hanno un impatto notevole sul sistema di disciplina dei diritti/doveri dei dipendenti pubblici. Per molti versi si ampliano i rischi di disorientamento, tanto per un legislatore che ancora volesse mettere mano alla materia quanto per gli interpreti. E questi rischi sembrano assai concreti in questi giorni.

Tuttavia le pagine che precedono dovrebbero confortare sul fatto che, pur nelle temperie di stagioni riformatrici molto dinamiche e assai poco sistematiche⁶², alcuni capisaldi

⁶² Queste valutazioni sono ampiamente condivise: v., oltre a volumi e saggi in precedenza citati, Garilli A., Riccobono, De Marco C., Bellavista A., Marinelli, Nicolosi, Gabriele A. (2018), *Il lavoro alle dipendenze della P.A. dopo la riforma Madia*, Milano, Wolters Kluwer, 2018; nonché vari altri saggi pubblicati nella rubrica tematica curata da G. Nicosia, P. Saracini e C. Spinelli, in RGL, 2018, n. 3; in AA.VV., *Il lavoro pubblico*, cit.; B. Caruso (a cura di), cit.

permangono nell'ordinamento giuridico del lavoro pubblico e possono servire per migliorare la realizzazione di tutti i profili di buon andamento individuati.

Le esigenze di equilibrio di bilancio e controllo della spesa pubblica sono crescenti, ma adeguatamente presidiati. Anzi per certi versi può dirsi che sono state strabordanti, al punto da rendere difficoltoso il perseguimento degli altri profili del buon andamento e segnatamente di quello che rinvia ai miglioramenti di efficacia dell'azione pubblica⁶³.

Questa frontiera del buon andamento va presidiata però con regole su diritti e doveri dei lavoratori ben calibrate sulle specifiche realtà ed esigenze organizzative, seppure nel rispetto di diritti fondamentali che le leggi e i contratti nazionali possono ben garantire.

Dalle problematiche esaminate emerge come siano poche le certezze e poco condivisibili le rigidità; sono quanto mai visibili poi crescenti linee di divergenza tra disciplina del lavoro privato e pubblico. Il quadro generale insomma può essere molto migliorato. Non si dovrebbe però debordare da due acquisizioni: la contrattualizzazione, come veicolo di un adeguato mix tra ordine universalistico, e le differenziazioni organizzative. La contrattazione resta un canale di utile delegificazione, se accompagnata da una regia nazionale accorta e attrezzata politicamente e tecnicamente. La contrattazione decentrata o integrativa, insieme a modalità relazionali più ricche, può essere una canale di adattamento micro-organizzativo dei contenuti negoziabili dei doveri come dei diritti dei lavoratori, nonché un modo per migliorare l'effettività delle regole e degli indirizzi di buon andamento.

Sbaglierebbe a mio avviso un legislatore che volesse alterare la fisionomia di questo sistema ancora in fase di progressivo e faticosissimo adattamento. Bene invece farebbe a migliorare statuto e ruolo dei soggetti, soprattutto dei vertici amministrativi, che, strutturati come un Giano bifronte dotato di un volto politico e di un altro auspicabilmente

⁶³ V. D'Onghia, *Il fabbisogno del personale pubblico e le politiche di reclutamento tra nuove sfide e riduzione dei conti*, in RGL, 2018, I, p. 436 ss.; M. Esposito, *Sisifo unchained? La pianificazione delle risorse umane nel lavoro pubblico: antiche questioni (irrisolte) e nomenclature di seconda mano*, in LPA, 2018, p. 69 ss.; G. Ricci, *L'impatto della "riforma Madia" (e delle più recenti misure del governo "gialloverde") sulla dimensione macro-organizzativa: programmazione dei fabbisogni, concorsi, stabilizzazioni*, in Caruso (a cura di), op. cit., p. 261 ss. Ciononostante il ddl AS 1122/19 ancora contiene principi volti a irrigidire vincoli finanziari per la contrattazione collettiva nazionale e integrativa (v. art. 6 lett. b, c).

manageriale, devono essere sostenuti e responsabilizzati in egual misura quanto a gestione della contrattualizzazione e delle dinamiche organizzative⁶⁴.

Sbaglierebbe anche la dottrina se coltivasse troppi dubbi sulla collocazione sistematica e le categorie giuridiche più utili ad accompagnare un processo lungo e difficile di emersione di un sistema in cui contemperare in modo appagante buon andamento e diritti/doveri dei lavoratori. Gli strumenti sono quelli messi in campo. Capacità gestionale delle microorganizzazioni e contrattualismo sono buona parte della nuova strumentazione giuridica per realizzare il buon andamento delle p.a. in tutta la sua articolazione di *constraints* e *goals*. Andrebbero corredati da un sistema compatto e perfettamente oleato per misurare e monitorare i risultati dell'azione amministrativa esattamente a tutti i livelli in cui ciò è necessario e a nessuno in più. Occorrerebbe qui un meccanismo articolato ma preciso gestito da soggetti competenti e degni della massima fiducia istituzionale e popolare. Questo è quel che davvero manca per dare concretezza al buon andamento, più che nuovi apparati centrali dotati essenzialmente di poteri ispettivi di stampo burocratico⁶⁵.

Purtroppo però la storia non può fermarsi dinanzi ai ritardi degli apparati amministrativi italiani e, procedendo a ritmi di crescente velocità, li sfida ad essere all'altezza di un affinamento continuo che non sia un nuovo salto del buio, ma una sofisticata persistente opera di accordo e raccordo dei tanti dinamici e persino indefiniti strumenti teorici e pratici messi in campo negli ultimi decenni per migliorare il buon andamento senza dimenticare i lavoratori che di esso restano i principali artefici.

⁶⁴ Interessante al riguardo è una recente Cass. 12.4.2017 n. 9323, che afferma la responsabilità per perdita di *chance* del soggetto che non assegni tempestivamente gli obiettivi al dirigente (v. Monda, *La valutazione della dirigenza pubblica all'esame della Cassazione*, in DLM, 2019, p. 103 ss. In generale sui tanti problemi aperti v. A. Boscati, *La riforma mancata: il ruolo della dirigenza pubblica nei nuovi assetti*, in LPA, 2017, p. 46 ss.; A. Zoppoli, *La dirigenza pubblica tra mancata riforma e persistenti equivoci*, in Esposito, Luciani, Zoppoli A., Zoppoli L., *op. cit.*, p. 317 ss.; A. Bellavista, *Il dirigente pubblico e i suoi poteri alla luce della riforma Madia*, in AA.VV., *Il lavoro pubblico*, cit., p. 32 ss.

⁶⁵ V. le mie osservazioni sul ddl AC N. 1433 "Interventi per la concretezza delle azioni delle pubbliche amministrazioni e la prevenzione dell'assenteismo" - Camera dei Deputati – Audizione Commissioni riunite Affari Costituzionali e Lavoro pubblico e privato del 5 febbraio 2019. Ora quel ddl, approvato con poche modifiche alla Camera il 10.4.2019, è in seconda lettura al senato (AS 920-B).