COMMENTARIO DEL CODICE CIVILE

diretto da

ENRICO GABRIELLI

Professore Ordinario di Diritto civile nell'Università di Roma "Tor Vergata"

UTET GIURIDICA

DELL'IMPRESA E DEL LAVORO

a cura di

Oreste Cagnasso

Professore Ordinario di Diritto commerciale nell'Università di Torino

Antonio Vallebona

Professore Ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Roma "Tor Vergata"

artt. 2118-2187

Ferdinando Albisinni – Edoardo Ales – Maria Vittoria Ballestrero
Stefano Bellomo – Silvia Bolognini – Francesco Bruno – Sonia Carmignani
Eloisa Cristiani – Antonella D'Andrea – Nicola De Marinis
Nicoletta Ferrucci – Luisa Galantino – Domenico Garofalo – Alberto Germanò
Nicola Lucifero – Oronzo Mazzotta – Lorenza Paoloni – Antonio Riccio
Eva Rook Basile – Luigi Russo – Giuseppe Sigillò Massara – Eleonora Sirsi
Giuliana Strambi – Maria José Vaccaro

UTET GIURIDICA

QUESTO VOLUME È ANCHE ONLINE

Consultalo gratuitamente ne "LA MIA BIBLIOTECA", la prima biblioteca professionale in the cloud con le pubblicazioni di **CEDAM, UTET Giuridica, IPSOA.**
Grazie ad un evoluto sistema di ricerca, puoi accedere ai tuoi scaffali virtuali e trovare la soluzione che cerchi da PC o tablet. Ovunque tu sia.

Per conoscere le modalità di accesso al servizio e consultare il volume online, collegati al sito **www.lamiabiblioteca.com**

La consultazione online viene offerta all'acquirente del presente volume a titolo completamente gratuito ed a fini promozionali del servizio "La Mia Biblioteca" e potrebbe essere soggetta a revoca da parte dell'Editore.

© 2013 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada I, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

Redazione UTET Giuridica:
Corso Vittorio Emanuele II, 44 - 10123 Torino
Sito Internet: www.utetgiuridica.it
e-mail: info@wkgiuridica.it

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale – cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale – e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

Project editor: Maria Cristina Bozzo
Redazione: Manuela Orsi, Wilma Armando
Editing: Editrix s.a.s. - Torino
Composizione: Integra Software Services Pvt. Ltd.
Stampa: L.E.G.O. S.p.A. - Lavis (TN)

ISBN: 978-88-598-1021-6

INDICE

LIBRO QUINTO
DEL LAVORO

§ 4 - Dell'estinzione del rapporto di lavoro

Art. 2118 – *Recesso dal contratto a tempo indeterminato* ..... *p.* 3

Art. 2119 – *Recesso per giusta causa*
di Maria Vittoria Ballestrero ..... » 3
I. Il recesso unilaterale ..... » 5
1. Il negozio di recesso ..... » 5
1.1. Il preavviso ..... » 6
2. Le dimissioni del lavoratore ..... » 9
2.1. Dimissioni volontarie e per giusta causa ..... » 10
2.2. (*Segue*). Le dimissioni volontarie ..... » 10
2.3. (*Segue*). Le dimissioni per giusta causa ..... » 12
2.4. Discipline specifiche: matrimonio, maternità e paternità ..... » 14
2.5. Gli altri casi di dimissioni ..... » 16
2.6. (*Segue*). La convalida delle dimissioni ..... » 16
2.7. (*Segue*). La sottoscrizione "in calce" ..... » 17
2.8. (*Segue*). La revoca delle dimissioni ..... » 18
3. La risoluzione consensuale ..... » 19
II. Il licenziamento individuale: forma, giustificazione, impugnazione ..... » 22
1. Il licenziamento individuale: evoluzione della disciplina ..... » 22
2. La forma del licenziamento ..... » 27
2.1. Inefficacia del licenziamento privo di forma scritta ..... » 29
2.2. (*Segue*). Lo spazio residuale della nullità di diritto comune del licenziamento viziato nella forma ..... » 30
2.3. Omessa comunicazione dei motivi del licenziamento ..... » 33
2.4. (*Segue*). Vizi procedurali ..... » 36
3. La giustificazione del licenziamento ..... » 37
4. Giusta causa e giustificato motivo ..... » 39
4.1. La nozione di giusta causa (g.c.) ..... » 40
4.2. Il giustificato motivo soggettivo (g.m.s.) ..... » 45
4.3. Qualificazione del licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo come licenziamento disciplinare e "tipizzazioni" contrattuali ..... » 48
4.4. (*Segue*). Applicazione della procedura disciplinare e conseguenze della violazione della procedura ..... » 52
4.5. Il giustificato motivo oggettivo (g.m.o.) ..... » 55
4.6. (*Segue*). Giustificazione oggettiva e sindacato del giudice ..... » 58
4.7. Impossibilità sopravvenuta e potere di recesso ..... » 61
4.8. Superamento del periodo di comporto ..... » 65

lavoro che – ferma restando la natura costitutiva riconosciuta ai soli fini del riconoscimento delle agevolazioni di legge – potrà disattenderla e superarla eventualmente disapplicando, ove occorra, il relativo provvedimento amministrativo.

Rimane invero dubbia la pratica utilità del ricorso alla certificazione nell'ipotesi di contratti di lavoro a domicilio conclusi con lavoratori autonomi, quando si consideri che per questi ultimi si dispone l'iscrizione nel relativo albo delle imprese artigiane.

Art. 2129 – Contratto di lavoro per i dipendenti da enti pubblici

[1] Le disposizioni di questa sezione si applicano ai prestatori di lavoro dipendenti da enti pubblici, salvo che il rapporto sia diversamente regolato dalla legge.

---

commento di Edoardo Ales e Antonio Riccio*

Sommario: **1.** L'impiego pubblico nel 1942. Le ragioni della differenziazione del lavoro subordinato nell'impresa. - **2.** L'evoluzione del pubblico impiego nel periodo post-costituzionale. La lenta ma progressiva integrazione delle discipline. - **3.** Il riconoscimento della capacità e dei poteri del privato datore di lavoro agli organi preposti alla gestione e la contrattualizzazione dell'impiego pubblico. - **4.** L'art. 2, 2° co., d.lg. n. 165/2001. Le differenziazioni normative rispetto al diritto del lavoro subordinato nell'impresa e il loro fondamento. - **5.** Ancora sull'art. 2, 2° co., d.lg. n. 165/2001. La clausola di salvaguardia rispetto alla produzione di norme di esclusiva applicazione al lavoro nella p.a.: l'art. 1, 2° co., d.lg. n. 276/2003 e l'art. 1, 7° e 8° co., l. n. 92/2012.

1. L'impiego pubblico nel 1942. Le ragioni della differenziazione del lavoro subordinato nell'impresa

La norma in commento, estendendo l'applicabilità delle disposizioni contenute nella Sezione III del Titolo V del codice civile ai dipendenti degli enti pubblici, tratteggia gli originari limiti di quella che può definirsi come la primigenia forma d'integrazione delle regole del lavoro pubblico con quelle del lavoro privato.

Al tempo stesso, pare opportuno premettere che la disposizione codicistica, come si darà conto nei successivi paragrafi, pur mantenendo intatta

* I §§ 3, 4, 5 del presente commento sono di Edoardo Ales, i §§ 1 e 2 di Antonio Riccio.

la propria formale vigenza, ha subìto una graduale erosione della propria rilevanza all'interno del panorama giuridico a seguito dei diversi interventi succedutisi nel corso degli anni.

Nello specifico, tale erosione trova il suo apice nell'art. 2, 2° co., d.lg. 30.3.2001, n. 165 (ma già in precedenza nell'art. 2, 2° co., d.lg. 3.2.1993, n. 29) in cui si stabilisce che ai «rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle legge sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo».

Ciò non di meno, l'esame dell'art. 2129 c.c. si rileva di particolare interesse, consentendo, da un lato, una preliminare indagine dalla quale emergano con maggior facilità le ragioni della storica differenziazione della disciplina del lavoro pubblico e, dall'altro lato, di monitorare la progressiva, ma lenta, integrazione della disciplina di quest'ultimo con quella del lavoro privato[1].

Elaborata sotto il regime corporativo, infatti, la norma codicistica ha mantenuto piena valenza anche a seguito della promulgazione della Carta costituzionale, pur con gli opportuni adattamenti interpretativi discendenti dal mutato assetto ordinamentale.

Mutata era, infatti, la stessa prospettiva applicativa, imposta dal passaggio da una visuale, tipica dell'ordinamento corporativo/fascista, che vedeva il rapporto di pubblico impiego costretto nelle maglie della c.d. speciale sudditanza[2], anche politica, dell'impiegato rispetto allo Stato, a una visuale costituzionalmente orientata, che considera il rapporto d'impiego pubblico in una duplice ottica.

Da un lato quella pubblicistico/amministrativa, che, come è noto, ha a lungo prevalso, fondata sul rilievo attribuito al rapporto d'immedesimazione[3] del lavoratore con la p.a. presso cui è impiegato, giacché quest'ultimo opera nell'esercizio di funzioni pubbliche, e, dall'altro, quella lavoristica, in relazione al rapporto di servizio di carattere subordinato, intercorrente tra il

[1] Cfr. Ales, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Torino, 2007, 1 ss. Sull'articolo in commento v. Boscati, *Sub* art. 2129 c.c., in *Codice civile commentato*, a cura di Alpa, Mariconda, Milano, 2009, 368 ss.

[2] Secondo la nota definizione di Merusi, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1965, 158.

[3] Giannini, *Impiego pubblico. Profili storici e teorici*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1970, 295 ss.; Sandulli A., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1975, 179 ss.

lavoratore e la p.a., che importa la sussistenza di reciproci diritti e obblighi in capo alle parti del rapporto[4].

La Costituzione, riformulando in senso paritario la disciplina delle pubbliche amministrazioni, sembrava aver assicurato ai dipendenti pubblici il godimento dei diritti e delle libertà fondamentali, garantite a tutti i cittadini, superando gli stringenti vincoli corporativi.

Tuttavia, alla luce del prevalere dell'orientamento pubblicistico/amministrativo, la concezione della specialità del rapporto d'impiego pubblico è risultata, per lungo tempo, confermata. Stretto in questa visuale, dunque, l'art. 2129 c.c., pur all'esito della promulgazione della Costituzione, manteneva la propria funzione di norma decisamente residuale.

D'altro canto, la Costituzione, come segnalato dalla migliore dottrina[5], si occupa del pubblico impiego per sottolineare il mantenimento della cennata distinzione tra rapporto organico e rapporto di servizio e rafforzando il primo elemento rispetto al secondo. Quest'ultimo, nelle previsioni della Carta costituzionale, non trova cittadinanza diretta, quasi a volerne rilevare l'assoluta marginalità rispetto alla funzione organizzativa della p.a.

La specialità del rapporto, pertanto, trova la sua scaturigine storico-giuridica nella centralità assoluta del profilo organico del rapporto d'impiego, caratterizzato dagli aspetti autoritativi, in assenza di contratto, e dalla conseguente supremazia speciale della p.a. sui propri dipendenti. Tale concezione si è concretizzata nella sistematizzazione concettuale del pubblico impiego nell'ambito del diritto amministrativo, con la conseguente giurisdizione esclusiva del relativo giudice.

A conferma di una simile impostazione veniva portata una particolare interpretazione dei precetti costituzionali i quali hanno stabilito il dovere dei cittadini cui sono affidate pubbliche funzioni di adempierle con disciplina ed onore (*ex* art. 54 cost.), fissato la regola concorsuale per l'accesso agli impieghi pubblici, prevedendo, altresì, il principio del buon andamento e dell'imparzialità della p.a. (*ex* art. 97 cost.); sancito, infine, che «i pubblici impiegati sono al servizio della nazione», consacrando, in tal modo, la funzionalizzazione del rapporto di lavoro del pubblico impiegato alle esigenze e alle finalità della amministrazione (*ex* art. 98 cost.).

Nella medesima prospettiva, si inseriva la promulgazione del d.p.r. 10.1.1957, n. 3 (c.d. testo unico sugli impiegati civili dello stato), chiamato

[4] Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978, 17 ss.
[5] Rusciano, *ivi*, 151 ss.

a porre argine alla frammentaria e disorganica legislazione previgente[6], il quale, pur caratterizzandosi per la permanenza dei principi e criteri generali preesistenti, innovava, invece, con riferimento al sistema dell'inquadramento dei lavoratori, fondato su carriere e qualifiche[7].

In un simile contesto ricostruttivo mancavano, ovviamente, spazi rilevanti d'intervento per le istanze di carattere sindacale, tanto che il sistema di relazioni collettive assunse per lo più una connotazione a-conflittuale, distinguendosi in misura ancor più evidente dal sistema sindacale privato, poiché autonomo e scollegato[8].

In particolare, affermata l'applicabilità anche ai pubblici impiegati dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti dell'associazione sindacale e dello sciopero[9], il profilo di maggior problematicità era rappresentato dalla pesante restrizione dell'intervento della contrattazione collettiva in materia, giacché prevaleva un'interpretazione restrittiva dell'art. 97 cost. e della riserva di legge ivi contenuta in relazione all'organizzazione degli uffici pubblici, considerata tale da non legittimare l'intervento dell'autonomia collettiva anche con riferimento al rapporto di lavoro[10].

Ciò ha determinato lo sviluppo, nel settore pubblico, di un sistema sindacale definito di «sindacalismo autonomo», operante attraverso organizzazioni settoriali che privilegiavano la tutela degli interessi professionali specifici in un'ottica non conflittuale ma «cogestionale»[11].

2. L'evoluzione del pubblico impiego nel periodo post-costituzionale. La lenta ma progressiva integrazione delle discipline

È solo a partire dagli anni '70 che inizia a mutare il quadro di riferimento normativo, giacché il legislatore, sollecitato anche dalle forti pressioni delle

[6] Colacito, *Impiego statale*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1970, 311.
[7] Sulla quale, in dottrina, Sciarelli, *Il nuovo stato giuridico degli impiegati civili dello Stato e l'ordinamento delle carriere*, Milano, 1956.
[8] Per un'ampia ricostruzione del tema v. Virga, *Il pubblico impiego*, Milano, 1973.
[9] In questo senso, v. l'evoluzione della giurisprudenza del Consiglio di Stato, che va dalla pronuncia C. St., sez. IV, 9.10.1952, n. 1017, che giunge ad affermare l'incompatibilità delle azioni collettive tipiche del settore privato, sino alla pronuncia C. St., sez. II, 6.7.1971, n. 202, che giunge a legittimare l'esercizio del diritto di sciopero, superando la considerazione di questi alla stregua di un'infrazione ai doveri d'ufficio; in dottrina, cfr. Giucciardi, *Variazioni giurisprudenziali in tema di sciopero dei dipendenti pubblici*, in *Giur. it.*, 1965, III, 49; Rusciano, *op. cit.*, 162.
[10] Sul tema, cfr., in dottrina, Rusciano, *op. cit.*, 200 ss.; Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000, 316 ss.
[11] Così, Rusciano, *op. cit.*, 164.

organizzazioni sindacali volte a rivendicare uno spazio maggiore alla negoziazione collettiva, in uno con l'esigenza di perseguire, meglio che in passato, obiettivi di efficienza della p.a., tenta una prima rivisitazione dell'assetto normativo, mai realmente decollato, fondato sul d.p.r. n. 3/1957.

In una simile prospettiva, un ruolo rilevante assume l'entrata in vigore dell'art. 37, l. 20.5.1970, n. 300, c.d. "Statuto dei lavoratori", in virtù del quale: «le disposizioni della presente legge si applicano anche ai rapporti di lavoro e di impiego dei dipendenti da enti pubblici che svolgono esclusivamente o prevalentemente attività economica. Le disposizioni della presente legge si applicano altresì ai rapporti di impiego dei dipendenti dagli enti pubblici, salvo che la materia sia diversamente regolata da norme speciali».

La norma, sebbene molto spesso letta in combinazione con l'art. 2129 c.c., in commento, se ne discosta nettamente in virtù della *ratio* ermeneutica a essa sottesa, ovvero il riconoscimento effettivo anche ai lavoratori delle pubbliche amministrazioni dei diritti fondamentali, costituzionalmente garantiti, della tutela della dignità e libertà.

Come rilevato in dottrina, la norma dello Statuto assolve a una duplice funzione. Da un lato, quella di dichiarare l'applicabilità generalizzata dello Statuto dei lavoratori anche ai pubblici impiegati e, dall'altro lato, quella di individuare un'eccezione a tale applicabilità allorquando le fattispecie oggetto dell'intervento normativo siano già regolate da disposizioni speciali nel pubblico impiego[12].

L'art. 37 st. lav., si pone, pertanto, su di un piano diverso rispetto all'art. 2129 c.c., caratterizzandosi, piuttosto che per la propria natura residuale riguardo alle regole speciali dell'impiego pubblico, per la primigenia risposta alle avvertite esigenze di individuare un nuovo e maggiormente funzionale inquadramento giuridico dei rapporti di impiego pubblico[13].

L'applicabilità dello Statuto dei lavoratori all'impiego pubblico ha, però, vissuto un altalenante processo di attuazione, dovuto alla promulgazione, più o meno, contestuale, delle ll. 18.3.1968, n. 249 e 28.10.1970, n. 775 (contenente modifiche e integrazioni alla prima), attraverso le quali fa il suo formale ingresso anche nel pubblico impiego l'azione sindacale, attraverso il suo riconoscimento normativo.

[12] Cfr., in dottrina, Romagnoli, *Statuto dei lavoratori e pubblico impiego*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1560; Scognamiglio R., *Applicabilità dello statuto dei lavoratori ai dipendenti dello Stato*, in *Diritto e società*, 1973, 145; Rusciano, *op. cit.*, 24 ss.

[13] Così, Rusciano, *op. cit.*, 27.

Le norme in esame, invero, pur innovative per il impiego pubblico, si caratterizzano per il riconoscimento della permanenza di tratti di specialità della disciplina applicabile ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni, non potendosi porre in analogia con le previsioni, ben più ampie, dello Statuto dei lavoratori[14], mancando le necessarie tutele avverso le discriminazioni, i sindacati di comodo e la condotta antisindacale[15].

Ciò non di meno, la promulgazione delle ll. 18.3.1968, n. 249 e 28.10.1970, n. 775, in uno con l'approvazione dell'art. 37 st. lav., hanno rappresentato un elemento di fondamentale importanza, da un lato rispondendo all'avvertita necessità di riforma del lavoro pubblico e, dall'altro, procedendo nel solco della sua lenta ma costante integrazione con la disciplina del lavoro nel settore privato.

In tale ottica, nelle leggi cui si è fatto cenno, particolare interesse rivestivano due elementi; il primo rappresentato dall'introduzione del metodo di contrattazione collettiva[16] nella disciplina di taluni aspetti del rapporto d'impiego, inizialmente applicabile esclusivamente al personale statale, cui la l. n. 775/1970 faceva riferimento, e successivamente estesa al personale degli enti pubblici non economici dalla l. 20.3.1975, n. 70, a quello degli enti locali dalla l. 27.2.1978, n. 43 e a quello del servizio sanitario nazionale dalla l. 23.12.1978, n. 833[17].

Il secondo, costituito, invece dalla sostituzione del sistema gerarchico delle carriere, con quello dell'inquadramento, nell'intento di valorizzare le competenze professionali dei pubblici impiegati[18]; passaggio operato dapprima attraverso la l. n. 70/1975 per il personale degli enti pubblici non eco-

[14] Cfr., in dottrina, Freni, Giugni, *Lo statuto dei lavoratori. Commento alla legge 20 maggio 1970 n. 300*, Milano, 1971, 156 ss.; Assanti, *Sub* art. 37 st. lav., in Assanti, Pera G., *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972, 423 ss.; Sepe, *Sindacalismo e sindacati nell'impiego pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 1706 ss.; Rusciano, *op. cit.*, 192 ss.

[15] Ritenuta, peraltro, inapplicabile dalla giurisprudenza a tutto il settore pubblico; cfr., in tal senso, il trittico di pronunce delle sezioni unite della Cassazione: Cass., S.U., 9.11.1974, n. 3477, in *Riv. giur. lavoro*, 1975, II, 215; Cass., S.U., 11.11.1974, n. 3504, in *Mass. giur. lav.*, 1975, 648, Cass., S.U., 19.11.1974, n. 3700, *ivi*, 1975, 688; in dottrina, cfr. Rusciano, *op. cit.*, 195.

[16] Cfr. Rusciano, *ivi*, 200; Per un'ampia ricostruzione, Zoppoli L., *Contrattazione e delegificazione nel pubblico impiego. Dalla legge quadro alle politiche di privatizzazione*, Napoli, 2ª ed., 1990.

[17] Sulle vicende in esame v., in dottrina, Orsi Battaglini, *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego*, Milano, 1982.

[18] Sotto tale aspetto, in dottrina, v. Gragnoli, *Rapporto di lavoro pubblico e inquadramento professionale*, Padova, 1992; per un'ampia ricostruzione storica, cfr. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000, 321 ss.

nomici e, successivamente, per il personale delle amministrazioni statali per il tramite della l. 11.7.1980, n. 312[19].

Permanevano, però, di tutta evidenza, gravi e avvertiti problemi di disomogeneità delle normative speciali applicabili all'impiego pubblico, tali da rendere il quadro di riferimento particolarmente complesso e di scarsa efficienza[20].

A tali istanze di sistematizzazione normativa si tentò di rispondere con il primo tentativo di rivisitazione sistematica dell'impiego pubblico in Italia, attraverso la promulgazione della l. 29.3.1983, n. 93 (c.d. legge quadro sul pubblico impiego), che ebbe il pregio di generalizzare il sistema dell'inquadramento per qualifiche e profili professionali, eliminando elementi tipicamente gerarchici, tramite l'introduzione di un sistema di reclutamento, mobilità, formazione professionale e di responsabilità disciplinare dei lavoratori[21] applicabile in via generale.

Tale norma si caratterizzava, poi, per un ambizioso intento ulteriore, ossia per il tentativo di procedere a una progressiva integrazione delle discipline dell'impiego pubblico e di quelle del lavoro privato[22], da un lato, estendendo l'applicazione delle disposizioni dello Statuto dei lavoratori, dall'altro attraverso una più idonea sistemazione della contrattazione collettiva, perseguita mediante la definizione delle sue articolazioni orizzontale[23] e verticale[24] e l'individuazione delle delegazioni negoziali, privilegianti le organizzazioni sindacali confederali.

Si trattava, come condivisibilmente osservato in dottrina, di un tentativo di rivisitazione della disciplina dell'impiego pubblico di tipo deregolativo[25], nel quale ad una progressiva riduzione e razionalizzazione della proliferazione legislativa in materia di pubblico impiego, doveva far da contropartita

[19] Cfr. Battini, *op. cit.*, 321 ss.

[20] Cfr. Giannini, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, 722 ss.

[21] Sulla norma, in dottrina, cfr. Giannini, *Considerazioni sulla legge quadro per il pubblico impiego*, in *Politica del diritto*, 1983, 549 ss.; Rusciano, Treu, *La legge-quadro sul pubblico impiego*, Padova, 1985; Romagnoli, *La legge quadro sul pubblico impiego*, Bologna, 1986.

[22] In dottrina, v. Gaeta, Torchia (a cura di), *Lavoro privato e lavoro pubblico: è ancora attuale la distinzione*, Napoli, 1989.

[23] Per comparti comprendenti più dipendenti di più settori omogenei della p.a.

[24] Operante su tre livelli gerarchici (accordi intercompartimentali, di comparto e decentrati).

[25] Cfr., in tal senso, Zoppoli L., *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, 6.

una più flessibile regolamentazione dell'impiego, frutto del nuovo ruolo conferito alla contrattazione collettiva[26].

Ciò nonostante, la legge ha vissuto una problematica applicazione, dovuta per lo più ad una serie di reazioni incontrollate da parte delle amministrazioni periferiche, volte a reclamare regole maggiormente adeguate alle specifiche condizioni di singoli settori ed enti, che hanno ingenerato il fenomeno di c.d. fuga dalla legge-quadro, consistente nella fuoriuscita di determinate amministrazioni dal sistema delineato[27].

A tali problematiche situazioni si è tentato di porre rimedio attraverso quella che può essere definita come la contrattualizzazione del rapporto di pubblico impiego e la privatizzazione dei poteri datoriali delle pubbliche amministrazioni, operata per il tramite del d.lg. 3.2.1993, n. 29, a distanza di pochi anni modificato dal d.lg. 4.11.1997, n. 396, per la parte relativa alle relazioni collettive e dal d.lg. 31.3.1998, n. 80, per la restante disciplina.

La novità di tale fase si misura e si coglie immediatamente dalla formulazione dell'art. 1, d.lg. n. 29/1993, nel quale il legislatore individua espressamente l'obiettivo della norma nella migliore utilizzazione delle risorse umane della p.a. attraverso l'applicazione di condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato.

Emerge, pertanto, sin dall'apertura del testo legislativo, la fondamentale intenzione di perseguire l'integrazione delle discipline del lavoro pubblico e privato.

A tal fine, i dd.lgg. n. 29/1993, n. 396/1997, n. 80/1998 individuano quali necessari strumenti d'integrazione delle discipline la liberazione del sistema contrattuale dai lacci procedurali e di contenuto propri della tradizione pubblicistica e il superamento della competenza esclusiva della giurisdizione amministrativa nella generalità delle materie attinenti al rapporto di impiego[28], con la sola eccezione delle procedure di accesso.

Le possibilità di diversificazione della disciplina vengono, dunque, tutte consegnate alla contrattazione collettiva, sia nazionale sia decentrata,

[26] Sul punto, per tutti, v. Zoppoli L., *Contrattazione e delegificazione nel pubblico impiego*, 1ª ed., Napoli, 1986, 21 ss.

[27] In dottrina, D'Orta, *La fuga dalla legge quadro sul pubblico impiego: deroghe per enti o categorie di personale?*, in Cassese, Dell'Aringa, Salvemini, *Pubblico impiego. Le ragioni di una riforma*, Roma, 1991, 54 ss.

[28] In dottrina, sottolinea l'importanza di tale aspetto, D'Antona, *La neolingua del pubblico impiego riformato*, in *Lavoro e dir.*, 1996, 237 ss.

avendo evitato il legislatore di predeterminare la struttura negoziale, affidando alle stesse parti negoziali in sede di contrattazione nazionale la decisione circa contenuti e intensità del decentramento negoziale.

La vera portata rivoluzionaria della norma, però si evince dalla lettura dell'art. 36, d.lg. n. 29/1993, in virtù del quale viene esplicitata la regola che l'assunzione del personale pubblico avviene mediante la stipulazione di un contratto individuale di lavoro.

La disposizione, pertanto, segna il passaggio definitivo da un sistema caratterizzato dalla prevalenza del profilo organico del rapporto d'impiego e, quindi, dal suo rilevo pubblicistico/amministrativo[29] a un sistema nel quale il rapporto d'impiego si caratterizza per la propria natura bilaterale e paritaria, tipica dei rapporti obbligatori/privatistici[30].

In simile contesto, si inserisce una previsione di fondamentale importanza nell'impianto normativo quale l'art. 4, d.lg. n. 29/1993 in virtù del quale: «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».

Essa, infatti, segna il passaggio esplicito da un sistema, come quello previgente, nel quale gli atti datoriali erano considerati alla stregua di provvedimenti amministrativi ad un altro nel quale si assiste alla qualificazione espressa dei poteri datoriali in termini privatistici[31].

3. Il riconoscimento della capacità e dei poteri del privato datore di lavoro agli organi preposti alla gestione e la contrattualizzazione dell'impiego pubblico

Come è noto, le disposizioni contenute nei provvedimenti citati sono confluite, a partire dal 2001, nel d.lg. n. 165/2001 più volte oggetto di interventi riformatori. È oggi l'art. 5, 2° co., di tale decreto a disporre che «le misure

[29] In dottrina, Pioggia, *La Corte costituzionale e il modello italiano di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in Della Cananea, Dugato, *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 283 ss.

[30] Cfr. D'Antona, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in Battini, Cassese (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, 1997, 4 ss.

[31] Per la considerazione del riferimento alla capacità del privato datore di lavoro quale clausola generale che consente di parlare di «privatizzazione a tutto tondo» v. Ales, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro. Un'interpretazione giuslavoristica del rapporto tra indirizzo e gestione*, Milano, 2002, 26 ss.

inerenti la gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro».

La disposizione appena citata si segnala all'interprete per l'esplicita affermazione dell'esistenza di una dimensione datoriale giuridicamente rilevante, originalmente configurata dal legislatore delegato in termini di capacità, oltre che di poteri[32]. Essa integra, completandolo, il riferimento – già operato dal d.lg. n. 29/1993 –, alle «disposizioni del capo I, titolo II del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa» quali nuove norme materiali[33] di disciplina dei rapporti di lavoro.

Una simile evoluzione testimonia dell'affermarsi di un'opzione di politica del diritto mossa dal dichiarato intento di funzionalizzare il completamento dell'integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato – anche attraverso l'estensione del regime di diritto privato del rapporto di lavoro ai dirigenti generali [art. 11, 4° co., lett. *a)*, l. n. 59/1997] – alla realizzazione del «principio di separazione tra compiti di responsabilità di direzione politica e compiti e responsabilità di direzione delle amministrazioni»[34].

Ciò avviene, appunto, mediante il riconoscimento, agli «organi preposti alla gestione», della capacità del privato datore di lavoro[35].

Le conseguenze prodotte sull'assetto gestionale delle pubbliche amministrazioni dalla visione del diritto del lavoro sottesa al riconoscimento della capacità e dei poteri del privato datore di lavoro vanno ben al di là del, di per sé già fondamentale, venir meno del rapporto di pubblico impiego[36], sancito dal 1993 in forza dell'affermata natura contrattuale privatistica del vin-

[32] La versione originaria della norma in questione, contenuta nell'art. 4, 1° co., 2° periodo, d.lg. n. 29/1993, consentiva alle pubbliche amministrazioni di operare «con i poteri del privato datore di lavoro» esclusivamente «nelle materie soggette alla disciplina del codice civile, delle leggi sul lavoro e dei contratti collettivi». Tale formulazione, priva del riferimento alla capacità del privato datore di lavoro, si rivelava potenzialmente limitativa delle prerogative datoriali, in quanto l'esercizio dei relativi poteri risultava condizionato alla verifica dell'assoggettamento della fattispecie concreta alla disciplina lavoristica, legale o contrattuale collettiva.

[33] L'espressione è utilizzata da Orsi Battaglini, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Giornale dir. lav. e relaz. ind.*, 1993, 477, per indicare il primo dei due fenomeni che potevano, a suo avviso, ricondursi all'espressione "privatizzazione", l'altro essendo il mutamento di regime giuridico.

[34] Da ultimo, sottolinea questo aspetto Zoli, *La dirigenza pubblica tra autonomia e responsabilità: l'attribuzione degli incarichi*, in *Lavoro nelle PA*, 2005, 263.

[35] Ales, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, cit., 9 ss.

[36] Con l'eccezione dei dipendenti tuttora sottoposti al regime pubblicistico ai sensi art. 3, d.lg. n. 165/2001. Sul pubblico impiego, v., per tutti, Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978. Da ultimo, Battini, *op. cit.*

colo giuridico che si instaura tra amministrazione e dipendente al momento dell'assunzione (art. 2, 2° co., d.lg. n. 165/2001).

Se, infatti, nel caso del lavoro alle dipendenze dell'impresa, l'enucleazione di una dimensione datoriale derivante dall'applicazione del diritto del lavoro alla sfera imprenditoriale può essere annoverata tra le tante ipotesi interpretative che, con maggiore o minore fortuna, si pongono l'ambizioso obiettivo di sistematizzare, in termini giuridici, il rapporto tra libertà e vincolo nell'esercizio dell'iniziativa economica privata, nel caso delle pubbliche amministrazioni il riconoscimento nel diritto positivo della capacità e dei poteri del privato datore di lavoro in capo agli organi preposti alla gestione (art. 5, 2° co., d.lg. n. 165/2001) consente di considerare inverata tale ipotesi interpretativa e di affermare la presenza di due distinte sfere rilevanti sul piano giuridico[37].

La prima definibile come datoriale, in considerazione della funzione eminentemente attuativa degli atti di indirizzo adottati dagli organi di governo e di vertice che caratterizza gli organi a essa preposti, in quanto titolari esclusivi, *ex lege*, della funzione di gestione (art. 4, 2° co., d.lg. n. 165/2001). Titolarità che li colloca in posizione diaframmatica tra organi di governo e di vertice, da un lato, e lavoratori e loro rappresentati, dall'altro, risultando, al tempo stesso, interfaccia operativo degli uni e controparte degli altri e consentendo di evitare contatti diretti tra le due parti e, con essi, il rischio di riprodurre i già richiamati fenomeni consociativi, esiziali per l'efficienza e l'efficacia delle pubbliche amministrazioni.

La seconda cui si potrebbe estendere – nei limiti della sopra richiamata convergenza delle "esigenze gestionali" delle pubbliche amministrazioni con quelle dell'imprenditore privato quanto a realizzazione dell'interesse concreto "proprio" dell'organizzazione che lo persegue – la già utilizzata qualificazione di imprenditoriale, visto che in essa si concentrano, in forma esclusiva, le funzioni strategiche o, se si vuole, per le pubbliche amministrazioni, di indirizzo politico-amministrativo, consistenti nella definizione degli obiettivi e dei programmi da attuare, così come le funzioni di verifica della rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti (art. 4, 1° co., d.lg. n. 165/2001).

La critica, peraltro garbata[38] cui è stata sottoposta la tesi sintetizzata, già più ampiamente illustrata in altra sede[39], fornisce l'occasione per chiarire ulteriormente un aspetto a nostro avviso cruciale del nuovo approccio adottato dal legislatore degli anni novanta alla questione della funzionalizzazione dell'organizzazione amministrativa al perseguimento dell'interesse generale[40]. Quest'ultimo, infatti, alla luce del nuovo assetto normativo[41], non può più essere inteso quale dato "astratto" e, pertanto, paradossalmente sottratto, nella definizione, all'amministrazione alla cui cura è affidato, ma, piuttosto come "interesse concreto" al perseguimento e alla realizzazione di obiettivi[42] che, all'interno di una più o meno stringente cornice legale[43], gli "organi di governo e di vertice" della stessa amministrazione sono chiamati a sostanziare.

[37] Condivide questa impostazione, già elaborata in Ales, *La pubblica amministrazione*, cit., Mazzotta, *Attribuzioni e poteri del dirigente sanitario*, in Bottari, Tullini (a cura di), *La dirigenza sanitaria*, Rimini, 2004, 137. La tesi è ripresa anche da Tullini, *Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro (una riflessione sulla struttura del rapporto di lavoro)*, in *Scritti in onore Giuseppe Suppiej*, Padova, 2005, 1084, seppure con perplessità sull'effettiva necessità del «principio di distinzione» proposto tra posizioni soggettive imprenditoriali e datoriali (*ivi*, 1086) che, a suo avviso, sulla scorta dell'autorevole insegnamento di Suppiej, potrebbe essere evitata a patto di riconoscere agli organi di governo e di vertice dell'amministrazione il ruolo di controparte contrattuale (*ivi*, 1087) che, invece, a nostro giudizio, spetta agli organi preposti alla gestione.

[38] Zoppoli A., *La funzione di indirizzo politico-amministrativo*, in *Diritto del lavoro. Commentario*, diretto da Carinci F., V, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di Carinci F., Zoppoli L., Torino, 2004, 987, secondo il quale la definizione di imprenditoriale comporterebbe la sostituzione della discrezionalità politica con la libertà. Soluzione questa non condivisibile proprio in forza della tradizionale interpretazione della nozione di vincolo di scopo.

[39] Ales, *La pubblica amministrazione*, cit., 47 ss.

[40] Sulla quale, ampiamente, Marazza, *Il contratto collettivo di lavoro all'indomani della privatizzazione del pubblico impiego*, Padova, 2005, in part. cap. II.

[41] Il riferimento è ancora una volta all'art. 4, 1° co., d.lg. n. 165/2001. Sulla rilevanza della «finalizzazione a obiettivi e risultati» che «accentua il rilievo del principio di responsabilità» già D'Antona, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in Di Vittorio, Matteini, Talamo (a cura di), *Massimo D'Antona. Il lavoro delle riforme. Scritti 1996-1999*, Roma, 2000, 65.

[42] Sulla necessità «dell'esistenza di misure di indirizzo e di governo che siano previamente tradotte e obiettivate in regole (...) di risultato e non di mera azione» in quanto «quando è determinato il risultato si può fare a meno della procedura» v. Marzuoli, *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 416. Insiste, condivisibilmente, sulla necessità di sviluppare la capacità progettuale degli organi di governo e di vertice nella prospettiva della reale distinzione tra indirizzo e gestione anche D'Auria, *Riforma amministrativa e riforma del lavoro pubblico*, in *Lavoro nelle PA*, 1998, 1271.

[43] Ovvero una volta definito nel suo «nucleo essenziale» la cui individuazione deve restare «affidata alla massima sintesi politica espressa dalla legge nonché alla potestà amministrativa nell'ambito di regole che la stessa pubblica amministrazione previamente pone»: così C. cost., 16.10.1997, n. 309, in *Lavoro nelle PA*, 1998, 140, con nota di Barbieri, *Corte costituzionale e lavoro pubblico: un passo avanti e uno a lato*.

Interiorizzato e fatto proprio[44] dall'amministrazione in quanto organizzatrice di se medesima[45], l'"interesse pubblico concreto" ne costituisce, non diversamente da quanto avviene per l'imprenditore privato, la stella polare[46]. Di modo che, anche e soprattutto nei rapporti contrattuali che instaura con soggetti privati (in particolare lavoratori e loro rappresentanti), l'amministrazione nel suo complesso è chiamata a garantirne la realizzazione attraverso comportamenti unilaterali e negoziali congruenti dei quali risulta, ovviamente, unica responsabile[47].

In questi termini l'"interesse pubblico concreto" può essere considerato alla stregua dell'interesse dell'imprenditore privato e, pertanto, nella prospettiva del rapporto individuale di lavoro, costituire uno dei parametri di valutazione della diligenza del prestatore di lavoro ai sensi dell'art. 2104, 1° co., c.c.

Una simile rilettura della funzionalizzazione (o vincolo di scopo), non più considerata canone ermeneutico generale e astratto dell'agire delle pubbliche amministrazioni, troppo spesso concretizzato dal giudice amministra-

[44] Definire «proprio» l'interesse pubblico concreto determinato dall'amministrazione nell'ambito della *mission* indicata dal legislatore vuol dire escludere la rilevanza di interessi terzi preventivamente non definibili, dai costi imprevedibili, la cui determinazione dipende dalle «politiche dei corpi giudiziari» e rendere necessaria un'apposita normazione, determinando «una condizione oggettiva più favorevole per la consapevolezza delle scelte fra gli interessi» riportando «la scelta medesima nella sede costituzionalmente più appropriata: il legislatore (e non il giudice)»: così Marzuoli, *op cit.*, 417 s. Sull'inclusione di finalità politiche all'interno della norma e sulle «conseguenti scelte di valore che si manifestano nel percorso attuativo della competenza» che «mette in crisi quel perfetto equilibrio organizzativo tra principio di legalità formale e principio gerarchico di divisione del lavoro» v. Di Gaspare, *Organizzazione amministrativa*, in *Digesto pubbl.*, X, Torino, 1994, 519. Sull'esistenza di un interesse all'organizzazione «proprio della p.a. e non pubblico» v. Zoli, *Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici*, in *Giornale dir. lav. e relaz. ind.*, 1993, 641, anche se con limitato riferimento all'organizzazione del lavoro.

[45] Secondo la felice espressione di Garofalo M.G., *Il trasferimento di giurisdizione nel lavoro pubblico*, in *Lavoro nelle PA*, 1999, 509.

[46] Così già Rusciano, *Spunti su rapporto di lavoro e responsabilità "di risultato" del dirigente pubblico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 411, riferendosi alla difficoltà della p.a. «di trovare, al di fuori del valore ideale (o comunque troppo vago o immateriale) dell'"interesse generale", quella "stella polare" di modelli e comportamenti gestionali» e alla conseguente valorizzazione dell'interesse dell'organizzazione.

[47] Così Marzuoli, *op. cit.*, 404, secondo il quale «proprio di questo sembra esserci bisogno: di una tecnica che, costringendo a rifiutare l'immagine dell'interesse pubblico come movimento perpetuo, possa bloccare un processo decisionale altrimenti inafferrabile, identificarne un contenuto e porre un parametro che consenta di qualificare ciò che viene dopo in termini di adempimento o inadempimento, tecnica non facilmente superabile per l'affermazione di un effettivo sistema di responsabilità: è la logica delle regole e non la logica del potere».

tivo, ma dato storico, predeterminato nella sostanza dall'amministrazione (auspicabilmente partecipata dagli utenti) e sottoposto al vaglio di efficaci controlli interni quanto alla sua realizzazione ("funzionalizzazione interna", potremmo dire[48]), consentirebbe, infatti, di considerare sotto una diversa luce anche l'affermazione, criticata in dottrina[49], secondo la quale vi sarebbe una «prevalenza della potestà di autorganizzazione della pubblica amministrazione sui connotati privatistici della disciplina del rapporto di lavoro e, in particolare dei poteri del datore di lavoro» tale da predicare la «funzionalizzazione del rapporto e in specie della prestazione di lavoro alle finalità istituzionali della organizzazione amministrativa»[50].

Alla luce di quanto osservato, infatti, non di prevalenza di potestà si tratterebbe ma di integrazione dell'"interesse pubblico concreto" nell'obbligazione lavorativa privatistica[51] alla stregua del parametro di valutazione

[48] In termini sostanzialmente analoghi già D'Antona, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 48, secondo il quale: «Il vincolo di scopo che non emerge giuridicamente negli atti di diritto privato, trova in conclusione la sua strumentazione nel momento della valutazione dei risultati dell'attività, e si concretizza nella corrispondente responsabilità dei dirigenti». Così, sembrerebbe, Marazza, *op. cit.*, 33, quando si riferisce a quell'interesse (pubblico) che «essendo affidato a uno solo dei contraenti, dovrebbe rimanere confinato nella sfera dei motivi che lo inducono alla stipulazione, salvo che non sia proprio la legge ad attribuirgli una diversa e più penetrante rilevanza ricollegando ed esso la produzione di determinati effetti giuridici il cui senso ultimo è quello di garantire l'autotutela dell'amministrazione». Ed è proprio sulla negazione del fatto che, nel caso dell'esercizio dei poteri imprenditoriali da parte della p.a., la legge svolga un simile ruolo che si fonda la proposta ricostruttiva avanzata nel testo. Nello stesso senso, ma con esclusivo riferimento alle materie a suo giudizio non assoggettate a riserva di legge, *ivi*, 46 s. D'altro canto a voler enfatizzare l'affermazione secondo la quale «superato l'equivoco di una identificazione, assoluta e di principio, dell'interesse generale con l'interesse organizzativo, quest'ultimo ora costituisce un "interesse" di parte» si potrebbe ritenere non distante dalla teoria della "funzionalizzazione interna" anche la posizione di Rusciano, *Contratto, contrattazione e relazioni sindacali nel «nuovo» pubblico impiego*, in *Scritti in onore di Renato Scognamiglio*, II, 1997, 812. Tuttavia, in uno scritto più recente lo stesso Autore torna sul concetto di contrattazione collettiva «funzionalizzata», nel senso di essere tenuta «a farsi carico – a questo punto, in senso ontologico – anche di interessi "diversi" da quelli delle parti contrapposte»: Rusciano, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, 2003, 240 s.

[49] V. Garilli, *Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giornale dir. lav. e relaz. ind.*, 2004, 114 s.

[50] Così Ghera E., *Diritto del lavoro*, Bari, 2006, 271, ma già *ivi*, 2002, 496.

[51] Ed è forse così che si può corrispondere all'esigenza avanzata da Rossi G., *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 493, quando afferma che «se già, come si è visto, l'ordinamento civilistico presenta una grande articolazione di fattispecie che tiene conto della specificità degli interessi da tutelare, non si vede perché il profilo dell'interesse pubblico non possa richiedere alcuni profili di specialità del contratto». Sull'esigenza di innovare il diritto privato

della diligenza del prestatore di lavoro rappresentato dall'interesse dell'imprenditore.

Ciò consentirebbe, peraltro, di sottrarre a quello che è stato condivisibilmente definito «discutibile, quanto arbitrario, controllo giudiziale»[52] l'interesse pubblico astratto, configurandosi l'intervento del giudice (del lavoro) non più come attività di concretizzazione di quell'interesse quanto, piuttosto, come vaglio della posizione soggettiva del dipendente rispetto alla mancanza di diligenza contestatagli dall'amministrazione di appartenenza[53].

Tutto ciò ci conferma nell'opinione secondo la quale l'utilizzo dell'espressione "imprenditoriale", nell'accezione sopra descritta, risulti congruo anche per le pubbliche amministrazioni e che, nei loro confronti, sfera imprenditoriale e sfera datoriale corrispondano, rispettivamente, a indirizzo e gestione, nel senso che alla seconda spetta, in via esclusiva, il compito di attuare le determinazioni assunte nell'ambito della prima dagli organi di governo e di vertice[54].

Nel far ciò, peraltro, i principi-obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità ai quali l'azione delle pubbliche amministrazioni deve essere ispirata [art. 2, 1° co., lett. *a)*, d.lg. n. 165/2001] risultano significativamente integrati, da un lato, dalla funzione razionalizzante[55] delle determinazioni imprenditoriali propria del diritto del lavoro[56], dall'altro, dalla sua capacità di distinguere,

«se si ritiene che in uno o più punti non sia adatto a un sistema quale quello che potrebbe complessivamente risultare da una revisione del pubblico» già Marzuoli, *op. cit.*, 418.

[52] Garilli, *op. cit.*, 115. Fortemente critici sul controllo di legittimità dei singoli atti effettuato dal giudice amministrativo, «in quanto tale privo di una cultura e di un approccio alle questioni organizzative che superino la dimensione puramente formale del rispetto dei parametri giuridico-formali» Orsi Battaglini, Corpaci, *Sub* art. 4, 1° e 3° co., d.lg. n. 29/1991, in Corpaci, Rusciano, Zoppoli L., *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche (D.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29). Commentario*, in *Leggi civ. comm.*, 2004, 1098.

[53] Nella concretizzazione del principio generale di buon andamento in norme di comportamento che l'amministrazione e il dipendente sono tenuti a rispettare potrebbe trovare composizione quella differenza di modalità operative che distingue il giudice amministrativo da quello ordinario, correttamente rilevata da Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa*, Milano, 2004, 202 ss.

[54] Per una più approfondita dimostrazione di questo assunto v. Ales, *La pubblica amministrazione*, cit., capp. I e III.

[55] Sottolinea l'importanza della funzione razionalizzatrice della modifica della disciplina del rapporto di lavoro in senso privatistico Treu, *La privatizzazione come strumento di efficacia*, in *Diritto del lavoro. Commentario*, diretto da Carinci F., V, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di Carinci F., Zoppoli L., cit., 12 s. Così già Zoli, *Amministrazione*, cit., 641, con riferimento alla tipizzazione degli atti di amministrazione del rapporto di lavoro sottesa all'applicazione del diritto del lavoro alle pubbliche amministrazioni.

[56] Occorre qui sottolineare come la condivisibile preoccupazione di enfatizzare i ben noti limiti del "controllo causale" sull'esercizio del potere direttivo, non deve produrre quale con-

senza peraltro necessariamente separarli, gli interessi dell'imprenditore da quelli dei lavoratori e dei loro rappresentanti[57], attivando, dunque, quei «circuiti di responsabilità»[58] che consentono di dare concreta attuazione al principio costituzionale del buon andamento[59].

Se dall'individuazione, per distinzione dalla sfera datoriale, della sfera imprenditoriale delle pubbliche amministrazioni deriva, per gli organi di governo e di vertice delle stesse, una sorta di incapacità ad adottare determinazioni riguardanti la gestione delle risorse umane[60], risultando quelle di esclusiva competenza degli organi preposti alla gestione[61], dalla qualifica-

seguenza inintenzionale quella di impedire la sempre opportuna valorizzare dei limiti esterni attualmente posti dal diritto del lavoro, pena l'avallo indiretto di linee di politica del diritto finalizzate al loro progressivo indebolimento. Se è vero, dunque, che il diritto del lavoro potrebbe fare di più, estendendo la propria funzione razionalizzante alla valutazione dei comportamenti imprenditoriali spogliati della presunzione di razionalità (Perulli, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milano, 1992, 405), è altrettanto vero che «il criterio della tipicità come limite esterno» produce conseguenze ulteriori (e positive) rispetto a quella, a torto assolutizzata, di «evitare lo scomodo interrogativo sulla logica, sulla ragionevolezza, sulla razionalità dell'amministrazione del rapporto» (così, ancora, *ibidem*). Peraltro, sul ricorso da parte del giudice del lavoro alle clausole di correttezza e buona fede quale surrogato del principio di imparzialità, v. Garilli, *Il riparto di giurisdizione tra organizzazione amministrativa e rapporto di lavoro*, in *Lavoro nelle PA*, 2000, 725.

[57] Di «assimilazione del buon andamento della pubblica amministrazione al regolare funzionamento dell'impresa» quale effetto della privatizzazione parla, invece, icasticamente, Persiani, *Brevi riflessioni sulla privatizzazione dell'impiego pubblico*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, 624.

[58] La felice espressione è di Liso, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Il lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni pubbliche*, diretto da Carinci F., D'Antona, I, 2ª ed., Milano, 2000, 181, ed è ripresa da Bellavista, *Fonti del rapporto. La privatizzazione del rapporto di lavoro*, in *Diritto del lavoro. Commentario*, diretto da Carinci F., V, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di Carinci F., Zoppoli L., cit., 72, che la considera una «suggestiva chiave di lettura» della privatizzazione. Di responsabilizzazione come circuito virtuoso per la riforma della p.a. aveva già parlato Di Gaspare, *op. cit.*, 523 ss.

[59] Di «modalità e tecniche giuridiche e organizzative sostanzialmente diverse» rispetto alle precedenti che consentono di perseguire «anche attraverso l'instaurazione strumentale di rapporti contrattuali individuali e collettivi con i suoi dipendenti, un interesse finale di carattere pubblico» aveva già parlato Ghezzi, *La legge delega per la riforma del pubblico impiego*, in *Riv. giur. lavoro*, 1992, 539.

[60] Nonché l'organizzazione degli uffici nei limiti fissati dall'art. 5, 2° co., d.lg. n. 165/2001.

[61] V. Ales, *La pubblica amministrazione*, cit., 72, ripreso, da Tullini, *op. cit.*, 1084. Sulla nullità degli atti di gestione compiuti dagli organi di governo v. già Merloni, *Sub* art. 3, d.lg. n. 165/2001, in Corpaci, Rusciano, Zoppoli L., *op. cit.*, 1086. *Contra*, Pioggia, *Giudice*, cit., 134, sulla scorta della considerazione della «sostanziale scomparsa dell'incompetenza come stato viziante degli atti di gestione dei rapporti di lavoro». In realtà la semplice inefficacia temporanea dell'atto, ammessa quale conseguenza del ricorso «alla fattispecie civilistica della rappresentanza senza potere» da parte dell'Autrice, risulta sufficiente a rimarcare la mancanza l'esclusiva titolarità dirigenziale degli atti di gestione.

zione privatistica della sfera datoriale discende l'assoggettamento al regime giuridico privatistico[62] di qualsiasi determinazione unilaterale assunta nell'amministrazione del rapporto[63].

In questa ottica, le affermazioni di principio circa l'applicazione delle norme del diritto del lavoro subordinato nell'impresa e la regolamentazione contrattuale dei rapporti di lavoro contenute nell'art. 2, 2° e 3° co., d.lg. n. 165/2001, potrebbero essere qualificate alla stregua di corollari di quanto enunciato dall'art. 5, 1° co., d.lg. n. 165/2001 (riserva di regime giuridico privatistico). Non vi è dubbio, infatti, che ai rapporti di lavoro instaurati con un privato datore di lavoro si applichino, in linea di principio, disciplina e regime giuridico privatistico.

Tuttavia, occorre ricordare come l'esplicito riconoscimento della capacità e dei poteri del privato datore di lavoro agli organi preposti alla gestione abbia rappresentato, piuttosto che un'acquisizione originaria, una vibrante reazione da parte del legislatore delegato del 1998 a difesa dell'impianto riformatore, sottoposto sin dai suoi primi passi e, di lì, per un consistente arco di tempo, al tentativo di difesa e, poi, di riconquista dei territori perduti da parte del giudice amministrativo, paladino strenuo e interessato del regime pubblicistico degli atti inerenti i rapporti di lavoro alla dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Nonostante ciò, e nonostante il legislatore del 1992, anche in sede di disegno di legge preparatorio della riforma, si fosse ben guardato dall'avventurarsi in pericolose concettualizzazioni, il noto parere del Consiglio di Stato dello stesso anno[64], referente contenutistico di tutto il contenzioso successivamente instaurato a livello costituzionale dai giudici amministrativi, si

[62] L'espressione è di Orsi Battaglini, *Fonti normative*, cit., 477.

[63] «Il significato essenziale della "privatizzazione" sta proprio (...) nella trasformazione dei poteri di gestione del rapporto d'impiego, "anche (...) di quelli discrezionali": trasformazione che consiste appunto nel privare i singoli atti, rimasti identici nel loro contenuto e nella possibilità di scelta su cui sono fondati, del loro carattere funzionale»: Orsi Battaglini, *ivi*, 473. Sulle conseguenze della qualificazione privatistica degli atti di gestione delle risorse umane v., per tutti, Liso, *op. cit.*, 238 ss. Sulla necessità di qualificare «come atto negoziale privatistico» l'atto della p.a. che incida sulla gestione delle risorse umane, «indipendentemente dall'eventuale qualificazione dello stesso atto come amministrativo da parte della sua autrice» Garofalo M.G., *op. cit.*, 507.

[64] C. St., Ad. Plen., 31.8.1992, n. 146, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, III, 24, con nota introduttiva di Albanese, *Il parere del Consiglio di stato sullo schema di disegno di legge delega per la riforma del pubblico impiego*. Il virgolettato è nostro e tende a sottolineare la considerazione diametralmente opposta che dell'interesse pubblico ha il Consiglio di Stato rispetto a quanto sostenuto.

concentra, su quello che definisce, *praeter litteram*, «l'obiettivo della privatizzazione del pubblico impiego; ossia la scomparsa di un sistema normativo e giudiziario proprio del pubblico impiego, e la completa riconduzione di quest'ultimo alla disciplina privatistica»[65].

L'intero ragionamento svolto dal Consiglio di Stato dà infatti per scontato che il legislatore, pur non ammettendolo apertamente, voglia giungere alla «totale unificazione della disciplina dell'impiego pubblico e del lavoro privato», senza rendersi conto del fatto che «la diversità di regime, deriva da ciò, che in un gran numero di casi la "preparazione lavorativa" richiesta al dipendente pubblico consiste, in tutto o in parte, nell'esercizio di pubbliche funzioni», e che ciò richiede di riconoscere all'amministrazione «poteri di supremazia che condizionano la posizione soggettiva del dipendente, degradando spesso a interessi legittimi quelli che in ambito privatistico sarebbero diritti soggettivi».

«Ma anche quando la prestazione lavorativa non comporta l'esercizio, in alcuna forma, di pubbliche funzioni, sta di fatto che la pubblica amministrazione opera per il conseguimento di interessi che trascendono la soggettività delle persone fisiche (...); interessi dei quali queste ultime non possono liberamente disporre. "Come non ne può disporre, del resto, la stessa p.a."»[66].

Dunque, «vi saranno pur sempre (...) casi nei quali è lasciato alla p.a. un potere di scelta ispirato al soddisfacimento di "esigenze pubbliche", che non è ipotizzabile nella disciplina privatistica: a fronte di tale potere esistono, e non paiono sopprimibili, gli interessi legittimi»[67]. Da ciò la difficoltà di immaginare il passaggio alla giurisdizione del giudice ordinario (del lavoro), almeno con riferimento alle controversie aventi a oggetto interessi legittimi, stante quanto disposto dall'art. 103, 1° co., cost.

Concentrato com'è sulla confutazione del fondamento giuridico dell'ipotetica e futuribile privatizzazione e, soprattutto, delle sue conseguenze in tema di giurisdizione, il Consiglio di Stato dedica solo pochi e frettolosi passaggi al tema, centrale nel disegno di legge governativo, che, ancora una volta concettualizzando, definisce "contrattualizzazione"; vale a dire, impropriamente, «la sostituzione delle "fonti normative" e degli atti autoritativi con i contratti»[68].

[65] C. St., Ad. Plen., 31.8.1992, n. 146, cit., 25.

[66] C. St., Ad. Plen., 31.8.1992, n. 146, cit., 28.

[67] C. St., Ad. Plen., 31.8.1992, n. 146, cit., 34.

[68] C. St., Ad. Plen., 31.8.1992, n. 146, cit., 29.

Se considerata sul versante collettivo, infatti, l'ostacolo alla sua introduzione è duplice: la mancanza dell'efficacia *erga omnes* che deriverebbe dall'abbandono del meccanismo di recepimento dell'accordo collettivo in d.p.r. (come previsto dalla l. n. 93/1983) e il connesso venir meno dell'atto attraverso il quale effettuare la verifica conclusiva del rispetto delle compatibilità finanziarie da parte degli accordi stessi.

Sul versante individuale, poi, la "forma-contratto" non può contenere «per effetto di un'apposita negoziazione, clausole integrative o modificative della disciplina generale, discendente dalla legge, dai regolamenti, e dai contratti collettivi recepiti in regolamenti; anche perché non si vede a chi e con quali criteri sarebbe affidato il potere di contrattare con il singolo un trattamento diverso da quello stabilito per la generalità dei dipendenti. La trattativa singola, anche limitata a talune clausole, potrebbe prospettare un contrasto con il principio d'imparzialità di cui all'art. 97 Cost. e con quello di parità di condizioni di cui all'art. 3».

La conclusione è che, verosimilmente, la sostituzione dell'atto di nomina con il contratto individuale «abbia soltanto una valenza formale e nominale, alla quale si vorrebbe collegare la privatizzazione del rapporto e la devoluzione delle relative controversie al giudice ordinario»[69].

L'enfasi posta sull'impossibilità ontologica di qualsiasi privatizzazione che non consista nella «trasformazione delle strutture (...) in enti pubblici economici o in altre realtà autonome»[70], se, da un lato, produce l'effetto (non gradito al Supremo giudice amministrativo) di confermare il legislatore nel suo intento di sottoporre al diritto civile i rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici e di regolarli mediante contratti individuali e collettivi, dall'altro, ha fatto emergere nel d.lg. n. 29/1993, ovunque tecnicamente appena plausibile, il riferimento all'interesse pubblico astratto che, lungi dal rivelarsi mero ossequio formale, si sostanziava, primariamente, nella funzionalizzazione della contrattazione collettiva[71] e in un'ampia riserva di legge su materie rilevanti anche per la gestione delle risorse umane. Un simile atteggiamento del

[69] C. St., Ad. Plen., 31.8.1992, n. 146, cit., 31 s.

[70] C. St., Ad. Plen., 31.8.1992, n. 146, cit., 41.

[71] Così, condivisibilmente con limitato riferimento al testo del d.lg. n. 29/1993 antecedente alle modifiche apportate dal d.lg. n. 396/1997, Rusciano, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, in Aidlass, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, Milano, 1997, 69 e Zoppoli L., *Il contratto collettivo per il lavoro pubblico: funzionalizzazione, soggettività, costituzionalità, ivi*, 263. *Contra*, D'Antona, *Autonomia negoziale*, cit., 60 ss.

legislatore, unito alla procrastinazione, apparentemente *sine die*, del passaggio di giurisdizione, sembrava, nei fatti, dare ragione al Consiglio di Stato e bloccare la riforma in mezzo al guado, lontana, comunque, dall'approdo privatistico solo formalmente raggiunto.

In suo soccorso giungevano, però, concordi, dottrina, giurisprudenza costituzionale e legislatore tra i quali, come raramente successo, si instaurava un circuito virtuoso, frutto anche di alcune fortunate coincidenze soggettive, ispirato a un progetto ideale giustamente definito illuministico[72]. Il compito più gravoso spettava, certamente, alla dottrina amministrativistica[73], chiamata a sviluppare e a sottoporre alla prova dei fatti brillanti intuizioni teoriche rimaste per troppo tempo estranee alla cultura del giudice amministrativo nel pubblico impiego[74]. Alla dottrina giuslavoristica, dunque, il compito di dimostrarsi ricettiva nei confronti del nuovo approccio, affermando, non senza qualche forzatura nel contesto normativo antecedente alla "seconda privatizzazione", la coincidenza delle posizioni giuridiche datoriali dell'amministrazione pubblica e dell'imprenditore privato[75].

Sarebbe stata proprio la medesima dottrina giuslavoristica, consapevole della forzatura interpretativa operata rispetto a quel contesto normativo, a volerlo modificato dal legislatore delegato da lei stessa indirizzato, in maniera tale da non lasciare dubbi sull'avvenuta equiparazione delle posizioni giuridiche datoriali della p.a. e dell'imprenditore privato.

Nel frattempo la giurisprudenza costituzionale[76], facendo propri i risultati raggiunti dalla dottrina amministrativistica sopra richiamata, aveva respinto

[72] Caruso, *La storia interna della riforma del P.I.: dall'illuminismo del progetto alla contaminazione della prassi*, in *Lavoro nelle PA*, 2001, 973.

[73] La quale, peraltro, già da tempo si era andata sensibilmente e autorevolmente distaccando dalla impostazione legata alla netta distinzione del lavoro pubblico rispetto al lavoro privato: sul punto v. Corpaci, *Legalità ed efficienza amministrativa: il caso del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in AA.VV., *Valori ideali e logiche aziendali nella funzione pubblica*, Milano, 2002, 123 ss.

[74] Ci si riferisce al pensiero di Giannini, *Impiego pubblico*, cit., *passim*, opportunamente rielaborato da Orsi Battaglini, *Fonti normative*, cit., *passim* il cui saggio rimane il contributo di riferimento per la dottrina amministrativistica sul nuovo regime giuridico del pubblico impiego.

[75] D'Antona, *Autonomia negoziale*, cit., 43 ss.

[76] C. cost., 25.7.1996, n. 313, in *Dir. lavoro*, II, 1996, 442, con nota di Ales, *La contrattualizzazione del rapporto di lavoro dei dirigenti nel pubblico impiego al vaglio della Corte costituzionale*, e C. cost., 16.10.1997, n. 309, cit., sulle quali v. Carinci F., *"Costituzionalizzazione" ed "autocorrezione" di una riforma (la c.d. privatizzazione del rapporto di impiego pubblico)*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 35. A conferma dell'accettazione, sul piano complessivo, dell'assoggettamento dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni al

con decisione le pregiudiziali ontologiche mosse, ancora una volta all'esito di una non condivisibile concettualizzazione, alla privatizzazione-contrattualizzazione da parte del giudice amministrativo, confermando l'esistenza di un margine ampio di discrezionalità[77] del legislatore nello scegliere il regime giuridico e le norme materiali cui assoggettare il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazione, individuando, così, ne «l'equilibrato dosaggio delle fonti (*rectius* regimi) regolatrici» la nuova chiave di lettura, in termini relativi, della riserva di legge contenuta nell'art. 97 cost., e, al tempo stesso, il principio su cui fondare il prosieguo della strategia riformatrice.

Ciò detto, l'attribuzione agli organi preposti alla gestione della capacità e dei poteri del privato datore di lavoro (art. 5, 2° co., d.lg. n. 165/2001) si può considerare quale antecedente logico tanto dell'applicazione delle norme del diritto del lavoro subordinato ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, quanto della contrattualizzazione degli stessi (art. 2, 2° e 3° co., d.lg. n. 165/2001) la quale ultima, a sua volta, costituisce la conseguenza più rilevante del mutamento di regime giuridico.

Come sottolineato in precedenza, però, è lo stesso art. 2, 2° co., d.lg. n. 165/2001 a smentire l'ipotesi di una totale sovrapponibilità delle norme materiali di disciplina del lavoro alle dipendenze dei privati e alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, laddove fa salve le «diverse disposizioni» contenute nello stesso decreto[78]. Tale inciso, infatti, consente al

regime di diritto privato v. C. cost., 23.7.2001, n. 275, in *Lavoro nelle PA*, 2001, 619, con nota di D'Alessio, *Incarichi dirigenziali, riparto di giurisdizione e poteri del giudice ordinario.*

[77] Margine di discrezionalità che, comunque, non consente al legislatore di far prevalere il principio di buon andamento sul più generale "principio lavoristico" sancito dai principi fondamentali della carta costituzionale, soprattutto qualora, volendo affermare la «supremazia speciale della pubblica amministrazione, produca l'effetto di porre ingiustificabili limiti all'esercizio dei diritti fondamentali»: così sempre Orsi Battaglini, *Fonti normative*, cit., 466 e 472 e, a nostro avviso, nello stesso senso, nonostante il *contra* di nt. 18, Garofalo M.G., *op. cit.*, 511. Da ciò deriva che è vero esattamente l'opposto di quanto sostenuto dal Consiglio di Stato ovvero che è la disciplina pubblicistica fondata sulla supremazia speciale della p.a. nei confronti del dipendente a risultare in contrasto con il principio lavoristico prevalente in costituzione e, quindi, a non poter risultare ammissibile anche nel caso di un futuro ripensamento del legislatore.

[78] Così nel testo attuale della norma in questione che si discosta sensibilmente sia da quello originario del d.lg. n. 29/1993 che condizionava alla compatibilità con la "specialità" del rapporto l'applicazione della disciplina civilistica, sia dalla versione introdotta dal correttivo d.lg. n. 546/1993 che si riferiva a limiti «stabiliti dal presente decreto per il perseguimento degli interessi generali cui l'organizzazione e l'azione amministrativa sono indirizzate». Il venir meno del riferimento al perseguimento degli interessi generali conferma la plausibilità della ricostruzione proposta quanto all'emergere di una prospettiva di funzionalizzazione interna

legislatore di operare differenziazioni anche marcate tra la disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e quella alle dipendenze dell'impresa dando, così, concreta attuazione a quanto già disposto in materia dall'art. 2129 c.c.[79].

4. L'art. 2, 2° co., d.lg. n. 165/2001. Le differenziazioni normative rispetto al diritto del lavoro subordinato nell'impresa e il loro fondamento

Apparentemente unitario, il tema delle differenziazioni normative necessita, invece, di alcune precisazioni onde evitare il rischio di confusioni e sovrapposizioni di piani. Un significativo passo in questa direzione è costituito dal chiarimento terminologico circa l'uso alternativo che nel prosieguo della trattazione verrà fatto degli aggettivi "speciale" e "specifico" con riferimento alla disciplina legale di singoli istituti che presenta differenze più o meno marcate con quanto disposto per il lavoro nell'impresa[80].

Con "speciale" si intende qualificare quella disposizione in forza della quale il d.lg. n. 165/2001 detta regole diverse rispetto a quelle che, per fattispecie analoghe o, talvolta, identiche, sono previste dal codice civile o dalle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa. Ciò avviene con riferimento: *a)* alla gestione del personale in disponibilità (artt. 33, 34, 34 *bis*) per diversi e significativi aspetti procedurali e sostanziali; *b)* alle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale (art. 36) rispetto a quanto previsto in materia di costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato a seguito della violazione di disposizioni imperative[81]; *c)* all'applicazione della l. n. 300/1970 (art. 51) a prescindere dal numero di dipendenti; *d)* alla disci-

all'interesse pubblico concreto dell'organizzazione. Sulla versione corretta dal d.lg. n. 546/1993 v., le osservazioni di Zoli, *Amministrazione*, cit., 633.

[79] Ales, *L'utilizzo temporaneo del lavoro subordinato nelle pubbliche amministrazioni: un'analisi genealogica*, in Del Punta, Romei, *I contratti di lavoro temporaneo*, Milano, 2012, in corso di pubblicazione.

[80] Di persistente specialità di disciplina parlano, invece, *tout court*, Rusciano, Zoppoli L., *Sub* art. 2, 2° e 3° co., d.lg. n. 165/2001, in Corpaci, Rusciano, Zoppoli L., *op. cit.*, 1072, salvo, poi, ricorrere alla nozione di specificità per ciò che concerne norme che intervengano su discipline "già" limitate ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni (*ivi*, 1073). Sulle eterogeneità delle «diverse disposizioni» di cui all'art. 2, 2° co., d.lg. n. 165/2001 v. Carinci F., *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Il lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni pubbliche*, diretto da Carinci F., D'Antona, cit., XCIII.

[81] Per un'analisi approfondita delle vicende che hanno coinvolto e coinvolgono l'art. 36, d.lg. n. 165/2001, sia consentito il rinvio ad Ales, *L'utilizzo temporaneo del lavoro subordinato*, cit., anche per i riferimenti bibliografici *ivi* presenti.

plina delle mansioni (art. 52) per ciò che concerne la nozione di equivalenza e l'assegnazione a mansioni superiori; *e)* alle sanzioni disciplinari (artt. 55 e 56) per diversi e significativi aspetti procedurali e sostanziali; *f)* al tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie individuali (artt. 65 e 66) per ciò che concerne gli elementi procedurali.

Con "specifico" si intende, invece, qualificare quelle disposizioni che regolano fattispecie che o non trovano disciplina nel codice civile e nelle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa perché, a torto o a ragione, considerate non rilevanti sul piano giuridico a causa del loro ricadere nell'area delle libere prerogative delle parti, individuali o collettive; o che risultano essere regolate da consolidati indirizzi giurisprudenziali non recepiti, però, dal legislatore e, quindi, sempre modificabili nei loro contenuti.

Il ragionamento in questo secondo caso diviene più complesso, in quanto fondamentalmente ricollegabile all'area dei rapporti collettivi sulla quale insistono, come noto, rilevanti problematiche relative alle difficili relazioni tra costituzione formale e materiale. Occorre immediatamente sottolineare come, a nostro avviso, sia improprio parlare di specialità nel caso di disposizioni che si riferiscono a materie, quali la contrattazione collettiva, non normate sul piano legislativo nel diritto del lavoro il cui assetto regolativo per ciò che concerne il lavoro nell'impresa deriva dall'opera di supplenza che la giurisprudenza è stata chiamata a svolgere proprio per porre rimedio all'inerzia del legislatore. Si tratterebbe, infatti, di un confronto tra fattori incommensurabili (fonte legislativa vigente e interpretazione giurisprudenziale in assenza di una disciplina legale della quale non è dato conoscere i contenuti), non definibile, quindi, in termini di specialità dell'uno rispetto all'altro[82].

In assenza di un termine di comparazione, sarà, dunque, preferibile utilizzare la nozione di specificità onde sottolineare il carattere di originalità che la disciplina assume, la cui legittimità deve essere oggetto, così come

[82] Non si tratta, qui, di mettere in discussione la «tipicità giurisprudenziale e sociale del contratto collettivo» nel settore privato sulla quale, da ultimo, insiste MARAZZA, *op. cit.*, 107, ma di negare l'esistenza di un rapporto di specialità-tipicità del contratto di lavoro nel pubblico "rispetto a" quello nel privato in considerazione dell'incertezza strutturale e funzionale che caratterizza quest'ultimo, tuttora in balìa dei cangianti umori di dottrina e giurisprudenza. Non è un caso che il raffronto tra i due contratti operato alla stregua dei canoni interpretativi di specialità-tipicità porti l'autore sostenere che «il contratto collettivo pubblico assume rilevanza giuridica per l'ordinamento in quanto strumento di organizzazione e non solo, quindi, perché idoneo a realizzare l'interesse collettivo dei lavoratori» (*ivi*, 120).

avvenuto[83], di vaglio diretto di costituzionalità con riferimento alle norme a tal fine rilevanti (artt. 39, 40, 46 cost.).

In sintesi, possiamo affermare che l'universo regolativo del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è composto da disposizioni "comuni con" il lavoro alle dipendenze di privati, da disposizioni speciali "rispetto al" lavoro alle dipendenze di privati e, infine, da disposizioni specifiche, per ciò stesso "prive" di un termine di comparazione. Sia le disposizioni speciali che le disposizioni specifiche possono essere, dunque, ricondotte all'espressione utilizzata dall'art. 2, 2° co., d.lg. n. 165/2001 «fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto».

Prima di esaminare l'impatto che queste riflessioni sono destinate a produrre sulla produzione legislativa successiva all'entrata in vigore delle disposizioni in esame, dato che la regola appena illustrata si colloca nella prospettiva di individuazione dei limiti che, in termini di integrazione, la nuova disciplina del lavoro pubblico avrebbe incontrato rispetto all'assetto preesistente del diritto del lavoro, occorre verificare se sussiste una chiave di lettura unitaria sulla quale fondare la necessità di introduzione degli elementi di specialità sopra elencati. E, in particolare, se una simile evenienza sia in grado di mettere in discussione quella proposta interpretativa sopra avanzata circa la presenza anche nell'agire delle pubbliche amministrazioni di una sfera imprenditoriale.

Non è, infatti, revocabile in dubbio che i richiamati elementi di specialità trovano fondamento in motivazioni riconducibili alle peculiarità della sfera imprenditoriale delle pubbliche amministrazioni e, in particolare, proprio in quell'elemento che sembra aver spinto il legislatore del 1998 a insistere nella definizione di quella per distinzione dalla sfera datoriale ovvero la necessità di tenere distinti i piani dell'indirizzo e della gestione ed evitare che l'uno potesse negativamente incidere sulle determinazioni di competenza dall'altro proprio in considerazione della funzione di reciproco bilanciamento e controllo che essi sono chiamati a svolgere rispetto all'efficacia dell'azione complessiva della p.a.

Un simile assunto trova conferma, a titolo esemplificativo, nelle due fattispecie più eclatanti di specialità previste dal legislatore, relative, la prima, al divieto di costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato a seguito della violazione di disposizioni imperative sull'utilizzo delle forme flessibili di lavoro, la seconda, all'esclusione della promozione automatica

[83] C. cost., 16.10.1997, n. 309, cit.

in caso di assegnazione a mansioni superiori. Si tratta, infatti, di casi in cui il legislatore intende impedire che "debolezze" riconducibili alternativamente o cumulativamente a una delle due sfere mettano a rischio la realizzazione del programma organizzativo ottimale dell'amministrazione[84], operando, nel caso della sfera imprenditoriale, o al di fuori di una programmazione dei fabbisogni rispettosa dei limiti legali o irriguardosa degli stessi e, nel caso della sfera datoriale, in violazione di norme imperative di legge[85].

Se, dunque, di peculiarità della sfera imprenditoriale della p.a. rispetto a quella dell'imprenditore privato proprio si deve parlare, essa riguarda esclusivamente la sua giuridificazione per distinzione dalla sfera datoriale a sua volta formalizzata sul piano del diritto positivo dall'art. 5, 2° co., d.lg. n. 165/2001. E cioè la funzione di reciproco bilanciamento e controllo (interno) che attraverso l'enucleazione delle due sfere il legislatore ha inteso realizzare per consentire il perseguimento dell'"interesse pubblico concreto" di ciascuna amministrazione di prestazione.

Detta funzione risulta al momento sconosciuta al diritto del lavoro applicato all'impresa proprio perché, come giustamente sottolineato in dottrina[86], all'imprenditore privato si riconosce, a torto o a ragione, una presunzione di razionalità vincibile esclusivamente attraverso la prova dell'avvenuta violazione di norme imperative di legge. Il prezzo da pagare, in questo caso, non potrà che essere scontato nella sfera imprenditoriale attraverso una decisione del giudice che ne modifichi definitivamente l'assetto[87].

Una simile presunzione di razionalità viene, di contro, esclusa dal legislatore per la p.a. in quanto imprenditore sulla scorta di un'esperienza pluridecennale fortemente negativa circa la capacità di ispirare i propri comportamenti organizzativi ai principi di efficienza, efficacia ed economicità in quanto non sottoposta a logiche di mercato per la sua sopravvivenza. E,

[84] E non, a ben vedere, che l'atto illegittimo del pubblico dipendente non possa comportare un vincolo di spesa per l'ente pubblico (così Rossi G., *op. cit.*, 664), visto che il lavoratore ha in ogni caso diritto o al compenso dovuto per le mansioni superiori svolte o al risarcimento del danno subito per la perdita di *chance*. Sul punto v. Ales, *La pubblica amministrazione*, cit., 119 ss.

[85] Si pensi al caso dell'adibizione a mansioni superiori da parte del dirigente in violazione dei limiti posti dall'art. 52, d.lg. n. 165/2001.

[86] Perulli, *op. cit.*, 405.

[87] Si pensi, appunto, alla sentenza costitutiva di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, con la quale l'assetto di organizzativo immaginato dall'imprenditore viene sovvertito dall'immissione, in pianta stabile, di un lavoratore la cui permanenza nell'impresa avrebbe dovuto essere limitata nel tempo.

dunque, le norme speciali risultano essere un correttivo all'incapacità (presunta dal legislatore del d.lg. n. 165/2001) delle pubbliche amministrazioni di perseguire il proprio interesse organizzativo[88] nel modo cinico e socialmente irresponsabile in cui ciò avviene, talvolta, da parte dell'imprenditore privato. Nei confronti di quest'ultimo, infatti, il diritto del lavoro opera, come visto, in maniera diametralmente opposta.

Attraverso la formalizzazione della sfera datoriale e la giuridificazione per distinzione di quella imprenditoriale, il legislatore ha, dunque, inteso creare i presupposti di un reciproco controllo interno la cui realizzazione non può, però, prescindere da norme speciali rispetto a quelle applicate nel lavoro alle dipendenze dei privati che tengano conto della diversa logica che ha, purtroppo, ispirato e tuttora ispira i comportamenti organizzativi delle pubbliche amministrazioni[89]. Infatti, come condivisibilmente affermato da parte della dottrina[90], valorizzando un filone della giurisprudenza della Corte costituzionale, pur non essendovi una differenziazione ontologica tra lavoro nell'impresa e lavoro nelle pubbliche amministrazioni, ve ne è sicuramente una di contesto, riferita all'*humus* di relazioni individuali e collettive nel quale le decisioni datoriali vengono assunte. A causa di detto contesto, la tensione presente nell'impresa verso la realizzazione dell'interesse dell'organizzazione, non pare riscontrabile nelle pubbliche amministrazioni, nelle quali a prevalere è, di solito, l'interesse del lavoratore o delle organizzazioni sindacali[91]. L'utilità di dette norme potrebbe venir meno allo scomparire di

[88] Giustificano la specialità di disciplina con l'esistenza di «ragioni inerenti all'organizzazione» anche Rusciano, Zoppoli L., *op. cit.*, 1072. D'altro canto non si può non concordare con l'affermazione secondo la quale «nessun intervento sulla disciplina del rapporto, anche più radicalmente privatistico di quello attuale, è di per sé sufficiente a realizzare maggiore efficienza del settore pubblico, se non sostenuto da coerenti modifiche dell'organizzazione». Così Treu, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: ambiti e struttura*, in *Giornale dir. lav. e relaz. ind.*, 1994, 50.

[89] Così anche Bellavista, *op. cit.*, 82 s. quando sostiene che «laddove vige il regime privatistico, l'interesse pubblico si manifesta attraverso un'apposita disciplina speciale di istituti rispetto ai quali l'applicazione del diritto privato del lavoro non sarebbe in grado di assicurare la realizzazione del medesimo interesse». Di affermazione del principio di inderogabilità non solo, come usuale, in favore del debitore della prestazione lavorativa ma anche, del creditore p.a. a tutela «di una parte rilevante dei suoi interessi organizzativi» aveva già parlato Liso, *La più recente giurisprudenza sul lavoro pubblico. Spunti critici*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 200. All'«adattamento di determinati istituti per adeguarli alle specifiche esigenze dell'amministrazione-datore di lavoro» quale alternativa alla loro collocazione «entro l'esercizio di vere e proprie funzioni pubbliche» si riferisce D'Auria, *Variazioni su lavoro pubblico, organizzazione amministrativa e Titolo V (parte seconda) della Costituzione*, in *Lavoro nelle PA*, 2005, 13.

[90] Pioggia, *La Corte costituzionale*, cit.

[91] Ales, *L'utilizzo temporaneo del lavoro subordinato*, cit.

tali comportamenti che persistendo, dimostrano, invece, la razionalità della differenziazione che non può, dunque, essere tacciata di disparità di trattamento.

Tanto chiarito circa la funzione delle norme speciali dettate dal d.lg. n. 165/2001, occorre tornare a riflettere sulle conseguenze che la distinzione proposta tra norme di comune applicazione, speciali e specifiche è destinata a produrre rispetto all'ambito soggettivo di applicazione dell'attività legislativa che il legislatore del diritto del lavoro abbia posto o intenda porre in essere.

5. Ancora sull'art. 2, 2° co., d.lg. n. 165/2001. La clausola di salvaguardia rispetto alla produzione di norme di esclusiva applicazione al lavoro nella p.a.: l'art. 1, 2° co., d.lg. n. 276/2003 e l'art. 1, 7° e 8° co., l. n. 92/2012

Ragionando nella prospettiva del completamento dell'integrazione delle discipline, sia pure nel rispetto degli accennati profili di specialità e di specificità, il principio generale da seguire per l'interprete dovrebbe essere quello di considerare l'ambito soggettivo di applicazione di qualsiasi prodotto legislativo lavoristico comune ai due ambiti, senza alcun bisogno di apposita specificazione da parte del legislatore[92]. Che questa fosse l'originaria intenzione del legislatore del d.lg. n. 165/2001 lo si evinceva dallo sfavore con il quale venivano considerati interventi normativi, contenuti in atti aventi forza di legge, «la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi»: essi, infatti, ove non diversamente ed espressamente previsto dal legislatore potevano essere derogati da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata risultano non ulteriormente applicabili (art. 2, 2° co.)[93].

[92] Così, ad esempio, per la nuova disciplina del contratto a termine introdotta dal d.lg. n. 368/2001. Nello stesso senso Menghini, *Il contratto a tempo determinato*, in *Diritto del lavoro. Commentario*, diretto da Carinci F., V, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di Carinci F., Zoppoli L., cit., 573.

[93] Una posizione meno netta è stata assunta dal legislatore nella versione dell'art. 2, 2° co., d.lg. n. 165/2001 introdotta dall'art. 1, 2° co., l. 4.3.2009, n. 15, in base alla quale: «Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge».

Detto principio subisce, però, a nostro avviso, una limitazione qualora il legislatore intervenga a modificare, integrare o sopprimere disposizioni contenute nel decreto in esame o in altre norme di legge recanti discipline speciali o specifiche preesistenti[94]; in questo caso, infatti, sarebbe impossibile sostenerne l'applicazione anche al lavoro alle dipendenze dei privati[95]. Allo stesso modo, però, non potrebbe ritenersi applicabile il meccanismo di esclusione dell'esercizio del potere derogatorio da parte della contrattazione collettiva sulla nuova disciplina introdotta[96] in quanto esso risulta riferibile soltanto a interventi legislativi finalizzati a creare nuove norme speciali.

L'applicazione generalizzata di norme lavoristiche, non introduttive, modificative o soppressive di norme speciali o specifiche "già esistenti", dovrebbe, dunque, incontrare il solo limite dell'espressa volontà contraria del legislatore, da intendersi, a questo punto, introduttiva di "nuove" norme speciali o specifiche.

Tuttavia, comprensibilmente concentrato sulla condivisibile preoccupazione di non tornare ad assistere al proliferare di leggi e leggine *ad hoc*[97] in favore dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni e, forse, anche convinto di aver creato i presupposti per una futura produzione normativa, di regola, comune, il legislatore non ha pensato a rendere la disposizione dell'art. 2, 2° co., d.lg. n. 165/2001 bi-direzionale, confezionandola in maniera tale da evitare che dall'ambito di applicazione di interventi normativi lavoristici potenzialmente di portata generale risultasse escluso il "personale delle pubbliche amministrazioni".

Ciò si è puntualmente verificato con l'art. 5, l. n. 30/2003, ripreso dall'art. 1, 2° co., d.lg. n. 276/2003, attuativo della delega in materia di occupazione e mercato del lavoro. Ora, al di là delle osservazioni contingenti di merito circa l'effetto positivo della mancata estensione degli elementi di precarizzazione insiti nelle disposizioni richiamate al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, occorre formulare alcune considerazioni di carattere

[94] Alla nozione di preesistenza deve essere dato contenuto concreto con riferimento agli interventi del legislatore che si sono posti e si porranno l'obiettivo di perseguire l'integrazione tra lavoro pubblico e lavoro privato.

[95] In questo senso, pare, già Rusciano, Zoppoli L., *op. cit.*, 1073.

[96] Come, invece, avvenuto per le modifiche alla disciplina degli incarichi dirigenziali introdotte dalla l. n. 145/2002.

[97] Sul punto v., per tutti, Speziale, *Deroga della legge, del regolamento e dello statuto da parte del contratto collettivo*, in *Il lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni pubbliche*, diretto da Carinci F., D'Antona, cit., 260 ss.

generale sulla razionalità e, dunque, sulla legittimità di un simile modo di procedere nonché su alcune sue paradossali conseguenze.

Quanto alla razionalità, se si condivide l'interpretazione proposta nel paragrafo precedente circa il ruolo delle norme speciali e se ne proiettano le conclusioni sulla questione in esame, la differenziazione può ritenersi giustificata qualora sia volta a consentire il corretto funzionamento di quel meccanismo di reciproco bilanciamento e controllo che il legislatore ha inteso instaurare tra sfera imprenditoriale e sfera datoriale nelle pubbliche amministrazioni. Laddove ciò non si verifichi occorrerà trovare una seria motivazione alternativa che pare, però, difficilmente reperibile tra le pieghe della l. n. 30/2003 e del d.lg. n. 276/2003. Se si esclude quanto disposto dall'art. 86, 9° co., di quest'ultimo circa la non applicazione alle pubbliche amministrazioni della trasformazione del rapporto di lavoro in caso di somministrazione irregolare di cui all'art. 27, 1° co., dello stesso decreto, infatti, la mancata applicazione di alcuna delle altre disposizioni in esso contenute non sembra poter essere considerata funzionale allo scopo appena illustrato né ad alcun altro immediatamente intelligibile[98].

La conseguenza è, dunque, quella di creare una differenziazione irrazionale che produce una palese disparità di trattamento tra lavoratori difficilmente sostenibile a livello costituzionale nonché di provocare intrecci normativi al limite del surreale quale quello relativo alla disciplina del *part-time*. Non trovando, infatti, applicazione il d.lg. n. 276/2003 alle pubbliche amministrazioni, nessuna delle sue disposizioni può produrre effetto, se non espressamente previsto, sulle stesse, neppure quelle modificative del d.lg. n. 61/2000 che, invece, nella sua versione originale trova loro applicazione[99].

[98] Così come non ha alcun senso prevedere che la disciplina della somministrazione di manodopera trovi applicazione alle pubbliche amministrazioni limitatamente all'ipotesi a tempo determinato o che la «vigente disciplina dei contratti di formazione e lavoro, fatto salvo quanto previsto dall'art. 59 comma 3» continui ad applicarsi soltanto a esse (art. 86, 9° co., d.lg. n. 276/2003).

[99] Così anche Zoppoli L., *Nuovi lavori e pubbliche amministrazioni (ovvero Beowulf* vs. *Grendel, Atto II)*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, 2005, 1803 e Santucci, *Il lavoro* part-time, in *Diritto del lavoro. Commentario*, diretto da Carinci F., V, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di Carinci F., Zoppoli L., cit., 610. *Contra*, Mainardi, Salomone, *L'esclusione dell'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da Carinci F., I, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, a cura di Miscione, Ricci M., Milano, 2004, 34 secondo i quali l'art. 46, d.lg. n. 276/2003 produrrebbe i suoi effetti abrogativi anche con riferimento al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. In termini critici ma dubitativi Napoli, *Pubbliche amministrazioni e d.lgs. n. 276 del 2003*, in *Diritti lavori mercati*, 2005, 426 s.

Il che porta alla paradossale conclusione di dover ritenere vigenti due testi dello stesso decreto, uno antecedente alle modifiche, applicabile alle pubbliche amministrazioni, l'altro, successivo che non si applica loro.

Alla luce di quanto detto occorre domandarsi se alla carenza di efficacia bi-direzionale di cui sembra essere affetto lo strumento derogatorio introdotto dall'art. 2, 2° co., d.lg. n. 165/2001 possa porsi rimedio in via interpretativa, sostenendo che alla contrattazione collettiva sia consentito derogare, in termini di disapplicazione, quella disposizione di legge che, escludendo l'applicazione di una certa disciplina ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni, verrebbe a configurarsi alla stessa stregua di una norma loro applicabile in via esclusiva[100].

Sebbene la validità di una simile proposta interpretativa non possa essere negata in radice, occorre evidenziare due circostanze che sembrano metterne in discussione la fattibilità concreta. La prima riguarda, nello specifico, il riferimento, contenuto nel d.lg. n. 276/2003 all'art. 86, 8° co., a un meccanismo diverso da quello previsto dall'art. 2, 2° co., d.lg. n. 165/2001, ovvero all'attivazione da parte del Ministro della funzione pubblica di un tavolo con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni «per esaminare i profili di armonizzazione conseguenti all'entrata in vigore del presente decreto legislativo (...) anche ai fini della eventuale predisposizione di provvedimenti legislativi in materia». A prescindere da qualsiasi considerazione circa l'aggiungersi, all'elenco delle più o meno fuorvianti concettualizzazioni, dell'armonizzazione, il meccanismo in questione sembrerebbe subordinare la stessa all'emanazione di provvedimenti legislativi in materia, eventualmente da predisporre, negando così, alla contrattazione collettiva *ex* art. 40, d.lg. n. 165/2001 legittimazione ad agire ai sensi e per gli effetti del dettato dell'art. 2, 2° co., d.lg. n. 165/2001.

La seconda attiene alla più generale questione della disponibilità, da parte della contrattazione collettiva, dell'intervento legislativo qualora esso consista nella predisposizione di quelle norme speciali che concorrono all'affermazione del sistema di reciproco bilanciamento e controllo interno tra sfera imprenditoriale e sfera datoriale di cui si è discusso nel paragrafo precedente. In questo caso, l'intervento derogatorio della contrattazione collettiva deve essere considerato improponibile in quanto volto ad alterare il quadro normativo predisposto dal legislatore al fine di stimolare comportamenti

[100] Sembrerebbe essere questa l'interpretazione avanzata da Zoppoli L., *Nuovi lavori*, cit., con riferimento al caso del *part-time*.

organizzativi virtuosi da parte delle pubbliche amministrazioni[101]. Lo stesso potrebbe dirsi qualora la norma che si intenda derogare comporti impegni di spesa che il legislatore ha predeterminato con riferimento al solo lavoro alle dipendenze dei privati[102].

Tutto ciò porta a concludere per un tendenziale sfavore circa l'estensione in via analogica dell'operatività del meccanismo derogatorio di cui all'art. 2, 2° co., d.lg. n. 165/2001 anche a disposizioni di legge che limitano il loro ambito soggettivo d'applicazione al lavoro privato.

Sembra opportuno sottolineare, per concludere, che le riflessioni appena esposte non possano essere considerate come limitate a una scelta legislativa isolata, fatta propria dal solo legislatore del d.lg. n. 276/2003. Tale circostanza pare, anzi, confermata dalle disposizioni che si occupano del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni contenute nella recente l. 28.6.2012, n. 92 di riforma del mercato del lavoro.

In particolare, ci riferiamo alla previsione del 7° co. dell'art. 1, l. n. 92/2012, laddove si statuisce che «le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in coerenza con quanto disposto dall'articolo 2, comma 2, del medesimo decreto legislativo». Se è vero, infatti, che contrariamente a quanto accaduto nel caso del d.lg. n. 276/2003, la l. n. 92/2012 non contiene una esclusione esplicita delle pubbliche amministrazioni dal suo campo di applicazione, è altrettanto vero che la disposizione del 7° co. dell'art. 1 rappresenta una sorta di esclusione implicita del lavoro pubblico, giacché, laddove non diversamente previsto (ovvero in nessun caso), le norme della riforma ne costituiscono esclusivamente criteri e principi di regolazione.

Una simile conclusione pare confermata, poi, sia dal successivo 8° co., in cui si prevede, con chiara eco dell'art. 86, 8° co., d.lg. n. 276/2003, che «al fine dell'applicazione del comma 7 il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, individua

[101] Si pensi, ad esempio, a una clausola di contratto collettivo in forza della quale venisse rimossa l'esclusione dell'applicazione alle pubbliche amministrazioni di quanto disposto dall'art. 8, 1° e 2° co., d.lg. n. 61/2000 in materia di dichiarazione di sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo pieno.

[102] Sembra essere questo il caso degli incentivi al *part-time* previsti dall'art. 5, 4° co., d.lg. n. 61/2000 la cui applicazione è, per ciò, esclusa nei confronti dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche», sia – almeno in parte – dai criteri e principi direttivi contenuti nella delega ipotizzata nella bozza di d.d.l. attualmente allo studio del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione.

Nel primo caso, perché il richiamo all'attività diretta dell'autorità ministeriale per l'applicazione delle norme della riforma al lavoro pubblico appare come una esplicita conferma della sua non automatica efficacia per quel settore. Nel secondo, perché, sebbene sia frequente il richiamo all'armonizzazione tra lavoro privato e lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni tra i principi e criteri direttivi, non sembrano mancare tra questi ultimi elementi, come l'obiettivo di individuare e disciplinare le tipologie di lavoro flessibile utilizzabili nel settore pubblico [art. 2, lett. *b)*, dello schema di d.d.l.], di dubbia compatibilità con l'obiettivo della convergenza delle discipline. Ciò, naturalmente, con il doveroso utilizzo del condizionale, in attesa che il progetto legislativo assuma connotati più chiari.

Sezione IV
Del tirocinio

Art. 2130 – Durata del tirocinio

[1] Il periodo di tirocinio non può superare i limiti stabiliti [dalle norme corporative o][1] dagli usi.

Art. 2131 – Retribuzione

[1] La retribuzione dell'apprendista non può assumere la forma del salario a cottimo.

Art. 2132 – Istruzione professionale

[1] L'imprenditore deve permettere che l'apprendista frequenti i corsi per la formazione professionale e deve destinarlo soltanto ai lavori attinenti alla specialità professionale a cui si riferisce il tirocinio.

Art. 2133 – Attestato di tirocinio

[1] Alla cessazione del tirocinio, l'apprendista, per il quale non è obbligatorio il libretto di lavoro, ha diritto di ottenere un attestato del tirocinio compiuto.